

VU Research Portal

Rechtszekerheid en keuzes van de wetgever in het rechtspersonenrecht

van Veen, W.J.M.

published in

Rechtszekerheid in het ondernemings- en vermogensrecht
2015

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

van Veen, W. J. M. (2015). Rechtszekerheid en keuzes van de wetgever in het rechtspersonenrecht. In *Rechtszekerheid in het ondernemings- en vermogensrecht* (pp. 53-71). (ZIFO-reeks; No. 13). Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Rechtszekerheid in het ondernemings- en vermogensrecht

Enkele concrete dilemma's van rechtszekerheid versus billijkheid nader bezien

Rechtszekerheid in het ondernemings- en vermogensrecht

Enkele concrete dilemma's van rechtszekerheid
versus billijkheid nader bezien

Met een introductie van
Prof. mr. J.L. Smeehuijzen

en bijdragen van:

Prof. mr. J.L. Smeehuijzen

Prof. mr. J.B. Huizink

Prof. mr. F.P.G. Pötgens

Prof. mr. W.J.M. van Veen

Prof. dr. M.R.F. Senftleben en mr. drs. L. Anemaet

Prof. mr. J. Hallebeek

Ontwerp omslag: Hans Roenhorst, www.H2Rplus.nl

ISBN 978 90 13 12841 3

NUR 827-715

© 2014 Kluwer, Deventer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van de abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst.

De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op alle uitgaven van Kluwer zijn de algemene leveringsvoorwaarden van toepassing. Deze kunt u lezen op www.kluwer.nl.

Inhoudsopgave

Inleiding	9
<i>Prof. mr. J.L. Smeehuijzen</i>	
Rechtszekerheid versus billijkheid in concreto	12
<i>Prof. mr. J.L. Smeehuijzen</i>	
1. Plas Valburg	13
2. Het oprukkende toepassingsbereik van de klachtplicht	15
3. Kennelijk onredelijk ontslag	17
4. ABN AMRO LaSalle	19
5. De arbitrabiliteit van besluiten	22
6. Beschouwingen; inleiding	23
7. Beschouwingen: de ‘methode’ van afweging	25
8. Rol van de wetenschap; ons programma	28
Rechts(on)zekerheid in vennootschapsrechtelijke wetgeving	30
<i>Prof. mr. J.B. Huizink</i>	
Het sluiten van een advance tax ruling met de Nederlandse belastingdienst: ultieme rechtszekerheid?	36
<i>Prof. mr. F.P.G. Pötgens</i>	
1. Inleiding	36
2. Historie en achtergrond van de rulingpraktijk	37
3. Het rechtskarakter van de ruling	39
3.1. Algemeen	39
3.2. Vaststellingsovereenkomst	39
3.3. Akkoordverklaring	41
3.4. Contra legem	41

4.	Afgifte van een ruling	42
5.	Rechtsbescherming	44
6.	Internationale en Europese ontwikkelingen	44
6.1.	OESO	44
6.2.	EU	46
6.2.1.	Code of Conduct	46
6.2.2.	Actieplan tegen agressieve tax planning	47
6.2.3.	Staatssteun	48
7.	Conclusie	51

Rechtszekerheid en keuzes van de wetgever in rechtspersonenrecht 53

Prof. mr. W.J.M. van Veen

1.	Rechtszekerheid in het rechtspersonenrecht	53
2.	Rechtszekerheid en het type regeling: wat heet een beter resultaat?	56
3.	Vermogensbescherming bij uitkeringen aan aandeelhouders	57
4.	Tegenstrijdig belang	61
5.	Afronding	69

Twee vliegen in één klap: rechtszekerheid én flexibiliteit in het auteursrecht 72

Prof. dr. M.R.F. Senfileben en mr. drs. L. Anemaet

1.	Inleiding	72
2.	Twee juridische tradities	75
3.	Noodzaak tot hervorming in de EU	79
4.	Nieuwe EU-wetgeving	81
5.	Conclusie	88

De rechtvaardiging van verlies van recht door verjaring Overwegingen uit de vroegmoderne scholastiek 90

Prof. mr. J. Hallebeek

1.	Inleiding: Francisco de Vitoria en het verlies van recht door louter tijdsverloop	90
2.	De bronnen van het <i>ius commune</i>	92
3.	Laat-middeleeuwse theologen over verjaring als straf voor nalatigheid	94
4.	Verjaring als straf voor nalatigheid: Adriaan van Utrecht, Juan de Medina en Alfonso de Castro	96
5.	Verjaring als rechtszekerheid: Domingo de Soto, Domingo Bañes en Miguel Bartolomé Salón	98

6.	Jezuïeten uit de latere periode: Luis de Molina, Juan de Dicastillo en Juan de Lugo	100
7.	Relevantie voor de rechtsontwikkeling en invloed op Hugo de Groot	102
8.	Epiloog: Vitoria over de rechtvaardiging van verlies van recht door verjaring	103

Inleiding¹

Prof. mr. J.L. Smeehuijzen

De rechtszekerheid wordt veelal beschouwd als de tegenhanger van de rechtvaardigheid in de zin van *einzelfallgerechtigkeit*: rechtszekerheid heeft als voordeel een grotere voorspelbaarheid, maar heeft als nadeel dat aan de omstandigheden van het geval beperkt recht kan worden gedaan.

Over het algemeen wordt, om veelal begrijpelijke redenen, in wetgeving en rechtspraak de uitkomst van het conflict tussen rechtszekerheid en billijkheid (billijkheid wordt begrepen als rechtvaardigheid in het individuele geval) niet erg diep gemotiveerd. Waar de rechtszekerheid wint, wordt veelal volstaan met de frase dat “de rechtszekerheid vergt dat” of dat “in verband met de rechtszekerheid” op zekere wijze moet worden beslist, terwijl, wanneer de billijkheid het wint, men overwegingen treft als de “individuele gerechtigheid eist dat”. Het komt ook voor dat het rechtszekerheidsbelang geheel onbenoemd blijft – terwijl de rechtszekerheid weldegelijk in het geding is.

Tegen die achtergrond is het idee ontstaan op een aantal terreinen dieper in te gaan op overwegingen van rechtszekerheid en billijkheid. De auteurs, afkomstig uit het vennootschapsrecht, vermogensrecht, fiscaal recht, intellectueel eigendomsrecht en de rechtsgeschiedenis, is gevraagd een op hun terrein gelegen onderwerp te kiezen waar de spanning speelt tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid een rol speelt, om vervolgens daar de rechtszekerheids- en billijkheidsbelangen zo ver mogelijk te concretiseren.

Het resultaat is zonder meer verrassend. Wanneer wij denken over rechtszekerheid tegenover billijkheid, zijn wij geneigd ons die tegenstelling tamelijk steriel voor te stellen; als een duidelijk, enigszins abstract dilemma waarin de feiten helder zijn en we ons kunnen concentreren op die moeilijke vraag of nu het algemene belang (de rechtszekerheid) of het individuele belang (de billijkheid) moet winnen. Uit de bijdragen aan deze bundel rijst een veel prozaïscher beeld. Hoewel de auteurs nadrukkelijk was gevraagd een werkelijk dilemma van rechtszekerheid tegenover billijkheid op hun terrein te schetsen, kwamen *echte* dilemma’s er eigenlijk niet.

Zo betoogt *Smeehuijzen* na bespreking van een reeks arresten van de Hoge Raad, dat de angel van het debat hem veelal niet zit in de afweging tussen rechtszekerheid en billijkheid op zichzelf, maar in de *voorbereiding* van die

¹ Over deze bundel het volgende. J.L. Smeehuijzen hield op 21 mei 2014 zijn oratie getiteld “Rechtszekerheid versus billijkheid in concreto”. Die oratie vormt de eerste bijdrage van deze bundel. Voorafgaand aan die oratie vond een symposium onder dezelfde naam plaats. De andere bijdragen aan deze bundel zijn de uitgewerkte versie van de voordrachten die de auteurs daar hielden.

afweging. Alle door hem besproken arresten laten zich in grove streken voorstellen als moeilijke keuzes tussen *einzelfallgerechtigheit* en rechtszekerheid. Voor allemaal geldt dat wanneer de in het geding zijnde belangen werkelijk scherp in beeld zijn gebracht, de oplossing zich min of meer als vanzelf aandient.

Huizink zet in zijn bijdrage uiteen dat een groot deel van de rechtsonzekerheid op het terrein van het vennootschapsrecht een gevolg is van gebrekkige, inconsistente en onvolledige wetteksten. Dat werkt dubbel negatief: er is niet alleen rechtsonzekerheid, er is ook geen *einzelfallgerechtigheit*. Huizink onderbouwt zijn stelling met twee voorbeelden van gevallen waarin de wetgever nieuwe regels heeft willen introduceren (aandeelhoudersinvloed op aangelegenheden van majeure betekenis en de nieuwe regeling van het tegenstrijdig belang) en met een geval waarin de wetgever heeft getracht algemeen geaccepteerde opvattingen en rechtspraak te codificeren (het terrein van de bestuurdersaansprakelijkheid).

Ook Van Veen schrijft over betwijfelbare keuzes van de wetgever als oorzaak van rechtsonzekerheid. Hij neemt in het rechtspersonenrecht bij de wetgever een voorkeur waar voor opener normen. Het vervangen van strikte normen door open normen en/of een andere handhavingstechniek leidt niet vanzelfsprekend tot een beter of billijker resultaat. Van Veen laat dit zien aan de hand van twee voorbeelden waarin een verandering van het type regeling is doorgevoerd, te weten de regeling betreffende vermogensbescherming bij de BV en de regeling betreffende de situaties waarin tussen de rechtspersoon en een of meer bestuurders een tegenstrijdig belang bestaat.

Senfileben en *Anemaet* betogen dat op het terrein van het auteursrecht met een weinig omvangrijke wetswijziging het actuele disfunctionele wettelijke kader zowel rechtszekerder als billijker kan worden. In het thans fungerende stelsel is er een wettelijke opsomming van beperkingen, maar op grond van een open norm (de driestappentoets) kunnen die beperkingen toch nog buiten toepassing blijven. *Senfileben* en *Anemaet* verdedigen een stelsel waarin de rechtszekerheid die voort zou moeten vloeien uit de nauwkeurig gedefinieerde gebruiksprivileges in nationale wetgeving, niet langer wordt beknot door een driestappentoets die als restrictief controlemechanisme wordt ingezet.

Pötgens schrijft in een fiscaalrechtelijke bijdrage over de Nederlandse *ruling*-praktijk. Die biedt de mogelijkheid voor ondernemingen tevoren van de inspecteur een standpuntbepaling te krijgen over een voorgenomen transactie of een samenstel van transacties. Deze mogelijkheid is voor ondernemingen in termen van rechtszekerheid bijzonder aantrekkelijk. De *ruling*praktijk is volgens Pötgens evenwel geen rustig bezit, onder andere omdat vanuit Europees perspectief de verdenking van staatssteun kan rijzen. Het streven van de *ruling*-praktijk, rechtszekerheid verschaffen, blijkt evenwel voor deze verdenking geen grond te zijn. Die grond zou eerder gelegen kunnen zijn in de inhoud van de *rulings*.

Hallebeek zet in zijn rechtshistorische bijdrage uiteen dat men over de rechtvaardiging van rechtsverlies door verjaring in de loop der eeuwen heel verschillend heeft gedacht. Verdedigd is dat de verjaring de rechtszekerheid dient, maar ook is bepleit dat de verjaring als straf dient voor nalatigheid en dat de verjaring dient tot beëindiging en voorkoming van conflicten.

De verschillende bijdragen overziend, rijst het beeld dat wat zich van een afstand laat aanzien als een conflict van billijkheid en rechtszekerheid, bij nader inzien veelal geen werkelijk dilemma is. Veel rechtsonzekerheid die voortvloeit uit wettelijke bepalingen komt niet ten goede aan de billijkheid, maar is gewoon het gevolg van suboptimale wetgevingskeuzes. In de besproken Hoge Raad-arresten bleek een grondige feitelijke en juridische analyse van de rechtszekerheids- en billijkheidsbelangen veelal op voorhand duidelijk te maken welk belang het moest winnen. Zo deed zich het dilemma zich eigenlijk nergens in zijn volle filosofische glorie voor.

Daarmee wil uiteraard niet gezegd zijn dat zich de strijd tussen rechtszekerheid en billijkheid op principieel niveau niet zou kunnen voordoen. Uiteraard kan dat heel goed. Maar wel wil gezegd zijn dat we erg moeten oppassen een probleem te snel te percipiëren als intrinsiek onoplosbaar conflict tussen rechtszekerheid en billijkheid. Slim geformuleerde wetgeving is gemakkelijke rechtszekerheidswinst en hoeft niet ten koste te gaan van de billijkheid. Pas na grondig juridisch en feitelijk denkwerk heeft men de rechtszekerheids- en billijkheidsbelangen werkelijk scherp; door die scherpstelling kan een probleem dat zich in eerste instantie liet aanzien als een moeilijke keuze tussen die belangen als sneeuw voor de zon verdwijnen.

Die conclusie is bemoedigend en teleurstellend tegelijk. Teleurstellend, omdat veel rechtsonzekerheid niet het gevolg is van een weloverwogen opoffering van het rechtszekerheidsbelang ten bate van de billijkheid, maar van gebrek aan denk- en uitdrukingskracht. Bemoedigend, omdat waar het dilemma rechtszekerheid tegenover billijkheid zich wél in alle scherpste aandient, de keuze onvermijdelijk onbevredigend is: óf het wezenlijke algemene belang van de rechtszekerheid verliest het, óf het wezenlijke individuele belang van de billijkheid verliest het. Dat het door juridische en feitelijke scherpzinnigheid veelal mogelijk is de manifestatie van dat dilemma af te wenden, betekent dat het binnen onze macht ligt vooruitgang te realiseren.

Rechtszekerheid versus billijkheid in concreto¹

Prof. mr. J.L. Smeehuijzen

Dames en heren, mevrouw de rector,

Voor optimale rechtszekerheid willen we een gesloten regel; een die in algemene zin zegt hoe het zit. Alleen dan is de uitkomst van toepassing door de rechter voorspelbaar, is, anders gezegd, het recht hanteerbaar. Maar voor optimale rechtvaardigheid willen we een open regel, een die de rechter in staat stelt alle omstandigheden van het geval in zijn overweging te betrekken. Pas als de rechter die mogelijkheid heeft, kan hij een werkelijk rechtvaardige beslissing nemen.

Een klassiek voorbeeld uit het civiele recht. De regel kan zijn dat een gedraging alleen onrechtmatig is, en dus een verplichting tot schadevergoeding in het leven roept, als de gedraging in strijd is met de wet. Dat is tamelijk rechtszeker, want in de wet staat dan opgesomd wat onrechtmatig is. Het probleem is dat het in praktische zin onmogelijk is in de wet alle gevallen te beschrijven waarin de rechtvaardigheid een recht op schadevergoeding dicteert. Daarvoor is het maatschappelijk leven te veelvormig – er is een letterlijk eindeloze variëteit aan gedragingen waarvan wij vinden dat zij recht op schadevergoeding geven. Willen wij al die gevallen ‘dekken’, dan moet er een open regel bestaan.

In 1919 voor deze keuze gesteld, oordeelde de Hoge Raad² dat een handeling niet alleen op grond van de wet onrechtmatig kan zijn, maar ook als zij indruist “hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijke verkeer betaamt”. De open regel heeft het dus gewonnen. Sindsdien worstelt de rechtspraktijk dagelijks met de vraag wat dan eigenlijk de maatschappelijke betamelijkheid is. Weinig rechtszekerheid. Maar daar staat tegenover de mogelijkheid steeds de beslissing op maat te snijden. Grote billijkheid.

Over de spanning tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid wordt al eeuwenlang nagedacht. Het is een van de grote thema’s van de rechtswetenschap. Men kan er op talloze niveaus en vanuit allerlei perspectieven tegenaan kijken. Men kan nadenken over de precieze betekenis van de begrippen, of beargumenteren dat de een of juist de ander belangrijker is, of uitleggen waarom rechtszekerheid op het ene terrein belangrijker is dan op het andere, of in abstracto denken over de wenselijkheid van vage nomen, etcetera.

Het is ook mogelijk binnen het debat tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid een niveau te zakken door te onderzoeken hoe de twee noties zich in concrete casusposities tot elkaar verhouden. In enig geval pleit de rechtszekerheid voor

¹ Oratie van J.L. Smeehuijzen, op 21 mei 2014 uitgesproken ter gelegenheid van zijn benoeming tot hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit.

² HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (Lindenbaum/Cohen).

oplossing X, maar pleit de billijkheid voor oplossing Y. De opdracht is de rechtszekerheids- respectievelijk de billijkheidsbelangen zo precies mogelijk te benoemen en vervolgens te beargumenteren welk belang het moet winnen.

Het is deze opdracht die ik mij vandaag stel. Zonder af te willen doen aan de betekenis van bredere beschouwingen over het onderwerp, heb ik de indruk dat het te vaak aan precisering en concretisering ontbreekt. Het is een terrein dat verleidt tot algemene observaties, terwijl het juist zo belangrijk is de voeten aan de grond te houden. Zo veelvuldig als in literatuur en rechtspraak een beroep op “de rechtszekerheid” of “de billijkheid” wordt gedaan, zo zelden wordt uitgewerkt wat de ene of de andere notie binnen de voorliggende verhoudingen *precies* te betekenen heeft. Dat ‘kale’ beroep op het ene of het andere beginsel is niet overtuigend.

Laat ik dus proberen het anders te doen. Ik bespreek hierna vijf gevallen waarin de strijd tussen rechtszekerheid en billijkheid aan de orde is en geef daarna enkele algemene beschouwingen.

1. Plas Valburg

Te beginnen met een van de klassiekers van het Nederlandse contractenrecht: de Plas-Valburg-doctrine.³ Die luidt ongeveer als volgt. In de regel kan men de onderhandelingen met zijn wederpartij over een contract afbreken. Maar er kan een moment zijn waarop die onderhandelingen zo ver gevorderd zijn, dat dat niet meer kan zonder dat men hem de winst moet vergoeden die hij met het contract had gemaakt als het wél tot stand was gekomen. Bij beantwoording van de vraag óf de gederfde winst voor vergoeding in aanmerking komt, staat centraal of de afgebrokenen het “gerechtvaardigd vertrouwen” mocht hebben dat een overeenkomst tot stand zou komen.

Vanwege die centrale rol van dat “gerechtvaardigd vertrouwen” wil men dan graag zo precies mogelijk weten wat het betekent en daar beginnen de problemen. Wanneer mag iemand er gerechtvaardigd op vertrouwen dat een overeenkomst tot stand zal komen? Men zou denken: pas al er op de wezenlijke punten overeenstemming is bereikt. Zolang op de wezenlijke punten geen overeenstemming bestaat, lijkt het nogal lichtvaardig te denken dat een overeenkomst wel tot stand zal komen. Maar als er inderdaad overeenstemming bestaat op de essentiële punten, dan *is* er al een overeenkomst.

Het is, met andere woorden, vaak lastig een onderscheid te zien tussen “gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen” en “de totstandkoming van een overeenkomst”. Zo heb ik een aantal van de genodigden voor mijn oratie een mailtje gestuurd met de mededeling dat mijn oratie 21 mei is, dat nog een officiële uitnodiging volgt, maar of zij de datum vast noteren. Te zeggen is dat ik met dat mailtje de gerechtvaardigde verwachting heb gewekt dat een uitnodiging zal volgen, maar net zo goed is te zeggen dat met dat mailtje de uitnodiging al is gedaan.

³ Het leerstuk werd geïntroduceerd in HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (Plas/Valburg) en is gepreciseerd in HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (CBB/JPO). In de tussentijdse periode heeft de Hoge Raad een reeks arresten over het leerstuk gewezen.

Bedacht zij in dit verband dat de maatstaf ter bepaling of een overeenkomst tot stand is gekomen, naar Nederlands recht zeer flexibel is. Het kan zo zijn dat partijen zonder dat zij dat weten ergens gedurende het onderhandelingsproces gebonden zijn geraakt, niet doordat enig moment van ‘acceptatie’ van een ‘aanbod’ is aan te wijzen – dat is het schema dat de wet suggereert –, maar doordat uit hun gedragingen valt af te leiden dat zij het eens zijn geworden. Het is dan ook nog zo dat die overeenstemming er bepaald niet tot in de details hoeft te zijn. Ook een rompovereenkomst, een overeenkomst op hoofdlijnen waarvan de details nog uitonderhandeld moeten worden, is een volwaardige overeenkomst.

Die onbestemde betekenis van “gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen” creëert rechtsonzekerheid. Ik noem een aantal aspecten. Het is als advocaat moeilijk adviseren over een open criterium dat dicht tegen een ander open criterium aanschuurt. Aan een buitenlander uitleggen dat je op basis van zoiets als “objectified trust” voor totstandkoming van een overeenkomst winst moet vergoeden, is nauwelijks te doen. De Plas/Valburg-doctrine nodigt advocaten uit om naast hun primaire stelling dat een overeenkomst tot stand is gekomen, subsidiair te stellen dat de onderhandelingen zo ver gevorderd zijn dat de wederpartij niet meer mocht afbreken zonder winstvergoeding. Rechters moeten dan, nadat zij het primaire verweer hebben afgeschoten, ook nog het subsidiaire verweer afschieten op basis van andere overwegingen – het is immers een andere maatstaf –, terwijl die overwegingen in werkelijkheid niet of nauwelijks verschillen. De leer van de pre-contractuele fase is wetssystematisch problematisch, omdat vergoeding van het positief contractsbelang een vorm van schadevergoeding is en schadevergoeding volgens het systeem pas aan de orde is nadat de overeenkomst tot stand is gekomen. Er moet substantieel onderwijstijd aan besteed worden – men kan dit leerstuk bepaald niet met een enkel woord uitleggen en negeren kan men het ook niet.

Tot zover een aantal manifestaties van rechtsonzekerheid. Ik had u in het vooruitzicht gesteld een weging van *beide* belangen. Het zou zo kunnen zijn dat tegenover de voornoemde rechtsonzekerheid een enorme billijkheidsopbrengt staat; dat er een substantieel aantal zaken is dat dankzij Plas/Valburg een rechtvaardige afloop heeft, terwijl die afloop bij gebreke van die doctrine niet mogelijk was geweest. Dan werd het wellicht een spannende strijd tussen rechtszekerheid en billijkheid. Maar wat opvalt, is dat in de literatuur bij de billijkheidsoogst van Plas/Valburg nauwelijks stil wordt gestaan. Doet men dat wel, dan moet de constatering zijn dat die oogst eigenlijk bijzonder schraal is. Er zijn heel weinig uitspraken waarin Plas/Valburg redding biedt.

Ik zie daarvoor twee verklaringen. De eerste verklaring verbaast niet in het licht van het voorgaande: rechters zullen veelal menen dat er pas gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen is als er op wezenlijke punten overeenstemming bestaat, en in dat geval oordelen zij gewoon dat partijen een overeenkomst hebben gesloten. Over de tweede verklaring het volgende.

Plas/Valburg is een leerstuk met de uitleg waarvan ik tijdens colleges worstel – juist vanwege dat flinterdunne verschil tussen totstandkoming van de overeenkomst en ‘gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen’. Een van de symptomen van dat geworstel is dat je elk moment verwacht dat een student de vraag stelt die precies

het punt bloot legt waarvan je zelf ook denkt dat het niet klopt. De gewetenloze docent kiest dan de vlucht naar voren. Hij benadert de 25 beste Masterstudenten van Nederland en stelt ze bij hun take-home tentamen precies die vraag: ontwerp een casus waarin er wel gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen is, maar nog geen overeenkomst. Ik had het geluk die studenten in het kader van wat ‘de Zuidasmaster’ heet binnen handbereik te hebben, en heb dat dus gedaan. Zij stortten hun denkbeeldige cliënten gretig in de grootst mogelijke juridische ellende. Voor ons is nu met name het volgende van belang.

Er waren studenten die partijen een *letter of intent* lieten sluiten; dat is een overeenkomst over de onderhandelingen – met bijvoorbeeld een exclusiviteitsbeding, een geheimhoudingsbeding en vaak ook een bepaling over wanneer partijen wel, of, met name, nog niet gebonden zijn. De oplossing bleek in die gevallen niet in de Plas/Valburg-doctrine te liggen, maar in de uitleg van die *letter of intent*. Een tweede variant was die waarin zekere vertegenwoordigers van onderneming X de onderhandelingen hadden gedaan, en vervolgens een hoger geplaatst orgaan binnen de onderneming zijn goedkeuring onthield. Voor oplossing van dat probleem bleek dan het vertegenwoordigingsleerstuk behulpzaam. In de derde variant liet de student de afbreker een handeling te kwader trouw verrichten. In die gevallen kan, in plaats van in Plas/Valburg, de oplossing worden gevonden in de ‘gewone onrechtmatige daad’. Denkbaar is ook nog dat een leerstuk als ongerechtvaardigde verrijking van toepassing was geweest.

Zo hielpen de studenten het volgende beeld te vormen. In de directe omgeving van het totstandkomingsleerstuk liggen andere leerstukken met open maatstaven en een groot vermogen de billijke oplossing te herbergen. Dat is de tweede reden waarom Plas/Valburg zo weinig te hulp wordt geroepen.

Het lijkt mij dus zo te zijn dat de Plas/Valburg-doctrine aanzienlijke rechts-onzekerheid geeft en daar heel povere billijkheidsprestaties tegenover stelt. Ik geloof dat de Hoge Raad haar om die reden moet afschaffen.

2. Het oprukkende toepassingsbereik van de klachtplicht

Het tweede geval, over de verhouding tussen de klachtplicht en verjaring. De standaard verjaringstermijn is vijf jaar. Wie, bijvoorbeeld, een vordering tot schadevergoeding niet binnen vijf jaar nadat hij daartoe in staat raakt heeft ingesteld, is die vordering kwijt. Men kan zijn vordering nog op een andere manier door tijdsverloop kwijtraken, en wel doordat men niet binnen bekwame tijd klaagt over de prestatie van zijn wederpartij. De lengte van die klachttermijn is niet vast, maar bedraagt veelal enkele maanden tot zelden meer dan drie jaar. De klachttermijn is dus veel korter dan de verjaringstermijn. Als de klachttermijn en de verjaringstermijn beide van toepassing zijn, ‘wint’ daarom de klachttermijn; het recht is al lang aan de klachttermijn ten prooi gevallen voordat verjaring aan de orde is.

Er was na invoering van het nieuwe BW een tijd waarin de klachtplicht als vanzelfsprekend een beperkt toepassingsgebied had. De laatste jaren is die

beperking weggevallen. De Hoge Raad heeft onlangs overwogen dat de klachtplicht op “alle verbintenissen”⁴ van toepassing is. De implicaties hiervan zijn verstrekkend. Een groot deel van de verjaringsbepalingen uit het BW ziet op overeenkomsten. Deze bepalingen verliezen de facto grotendeels hun effect onder invloed van de oprukkende klachtplicht. Nemen wij de verjaringsrechtspraak van de afgelopen 15 jaar, dan moet terugkijkend door verreweg het grootste deel van de uitspraken een kruis worden gezet, in die zin dat de verjaring geen rol had gespeeld als een beroep op de klachtplicht was gedaan.

Is dit nu een goede of een slechte ontwikkeling? We kunnen de voorkeur voor de ene of de andere regel niet baseren op hun uiteenlopende bestaansgronden, want die lopen eigenlijk niet uiteen. Het gaat er zowel bij de verjaring als bij de klachtplicht om degene die wordt aangesproken te beschermen tegen verslechtering van zijn bewijspositie door tijdsverloop, en tegen het feit dat men er na langere tijd niet meer op rekt, financieel en psychologisch, te worden aangesproken. De rechtvaardiging van het verlies is in beide gevallen dat van de crediteur verwacht kon worden dat hij ageerde, maar hij dat heeft nagelaten. Het gaat in beide gevallen om wettelijke vormen van rechtsverwerking. Daar zit het verschil dus niet. Het verschil zit veeleer in hun vormgeving.

Dat verschil is er nog niet zozeer wat het aanvangsmoment van de termijn. Zowel bij de verjaring als bij de klachtplicht vangt, naar de kern genomen, de termijn aan op het moment dat van de crediteur verwacht kan worden dat hij ageert. Bij bepaling waar dat moment ligt, zijn alle omstandigheden van het geval van belang. Het wezenlijke verschil zit in de bepaling van de lengte van de termijn. Bij de verjaring wordt gestandaardiseerd: de belangen van de debiteur, die door de tijd afbrokkelende bewijs- en rechtszekerheidspositie, worden *in het algemeen* geacht te worden aangetast door tijdsverloop. De termijn waarna die achteruitgang zodanig is dat zij de ondergang van de vordering teweeg moet brengen, is door de wetgever gesteld op vijf jaar. Er wordt niet gediscussieerd over de omstandigheden van het geval. Het is vijf jaar en daarmee basta. Bij bepaling van de lengte van de klachttermijn vindt juist wel een concrete toets plaats: volgens recente rechtspraak van de Hoge Raad worden “alle omstandigheden” in overweging genomen om te bepalen of de debiteur door het tijdsverloop in zodanige mate in zijn positie is aangetast, dat verlies van recht moet volgen.

Te zeggen is dus dat bij de klachtplicht beide kanten van de belangenafweging worden geconcretiseerd, terwijl bij verjaring een kant wordt geconcretiseerd en de andere kant helemaal niet. Bij de klachttermijn zijn beide kanten zacht; bij de verjaring is een kant zacht en de andere in beton gegoten. Daarmee zijn we terug bij ons thema: de verjaringstermijn is met zijn enkele open toets een zekerder regel dan de klachttermijn met zijn dubbele open toets. Maar die dubbele open toets van de klachttermijn maakt het weer wel mogelijk het meest billijke oordeel te geven. Wat moet hier prevaleren?

De rechtsonzekerheidslast van de klachtplicht lijkt aanzienlijk. Ter bepaling van de lengte van de termijn moet de rechter *alle omstandigheden* in ogenschouw

4 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195.

nemen. Dat betekent dat hij al die omstandigheden moet vaststellen. Bewijsdiscussies zullen veelvuldig voorkomen. Los van het vaststellen van de omstandigheden, is lastig te bepalen welk gewicht die omstandigheden precies moet worden toegekend. Wanneer is het nadeel dat de debiteur door tijdsverloop heeft ondervonden zo zwaar dat verlies van recht moet volgen? Dat is een kwestie van waardering waarover in redelijkheid verschil van mening mogelijk is.

Voorts zij bedacht dat het toegenomen belang van de klachtplicht niet alleen debat over die klachtplicht zelf in het leven roept, maar ook over de wijze waarop men aan zijn plicht te klagen kan voldoen. Welke uiting van onvrede volstaat? Hoe expliciet moet men zijn? Bij gebreke van een duidelijke regel zullen partijen het zekere voor het onzekere nemen. Wil de advocaat er zeker van zijn dat hij geen beroepsfout maakt, dan adviseert hij zijn cliënt met een voldoende scherp geformuleerde klacht te klagen. Dit kan er toe leiden dat een sluimerend geschil nodeloos op scherp wordt gezet.

Wil de klachtplicht het, gegeven deze rechtszekerheidszwakte, nog winnen van de verjaring, dan moeten zijn billijkheidsverdiensten indrukwekkend zijn. Er zou een substantiële hoeveelheid gevallen moeten bestaan, waarin het zo is dat de verjaringstermijn eigenlijk te lang is, in die zin dat de debiteur wordt aangesproken voordat de verjaringstermijn is verstreken, zodat hij zich niet op verjaring kan beroepen, terwijl zijn positie door tijdsverloop toch al zozeer is aangetast dat zijn wederpartij het ageren belet had moeten worden. De klachtplicht brengt dan de noodzakelijke redding door het onrecht dat de standaardisering van het verjaringsrecht teweeg brengt, te corrigeren.

Persoonlijk heb ik de klacht dat voor ommekomst van de verjaringstermijn al een te sterke achteruitgang in de positie van de debiteur heeft plaatsgevonden, niet vaak gehoord. Als dit een serieus probleem was, zou men uit wetenschap of praktijk enig signaal verwachten dat daarop duidt. Nergens is gezegd, bijvoorbeeld, dat met een verkorting van de verjaringstermijn een belangrijk euvel van het Nederlandse verjaringsrecht verholpen zou zijn. Analyseert men de billijkheidsprestaties van de klachtplicht op een terrein waar hij veel wordt ingeroepen, bij financiële dienstverleners, dan blijken die nauwelijks indruk te maken. Het beroep op de klachtplicht wordt bijna steeds afgewezen en als het wordt gehonoreerd, hadden veelal andere leerstukken ook wel uitkomst geboden; denk bijvoorbeeld aan rechtsverwerking.

Met andere woorden: de billijkheidssuperioriteit waarop de klachtplicht aanspraak zou moeten kunnen maken om het rechtszekerder verjaringsrecht te verdringen, lijkt er niet te zijn. De verdringing van de verjaring door de klachtplicht is daarom, als die veronderstelling juist is, geen gelukkige ontwikkeling.

3. Kennelijk onredelijk ontslag

Het derde geval. Een arbeidsovereenkomst kan op een aantal manieren beëindigd worden. Het kan onder andere door hem te ontbinden of door hem op te zeggen. Door het grote persoonlijke belang dat het hebben van een baan voor mensen

vertegenwoordigt, kan opzeggen of ontbinden niet zomaar. Het is niet altijd mogelijk en als het wel mogelijk is, moet men als werkgever veelal een vergoeding aan de werknemer betalen.

Het bepalen van die vergoeding is geen eenvoudige zaak. Bij *ontbinding* moet volgens de wet een vergoeding “naar billijkheid” worden toegekend. U begrijpt wel dat dit in termen van rechtszekerheid een nogal problematisch criterium is. Wat is in ’s hemelsnaam een vergoeding “naar billijkheid”? Die vraag is tot op behoorlijke hoogte beantwoord doordat op enig moment de rechters die bij voortduring met die problematiek te maken hadden, de zogenaamde “kantonrechtersformule”, of de “ABC-formule”, hebben opgesteld. Volgens die formule vermenigvuldigt men het aantal gewogen dienstjaren met het salaris en de uitkomst daarvan vermenigvuldigt men met een zekere correctiefactor. In de normale situatie is die correctiefactor 1, maar als, bijvoorbeeld, de werknemer een verwijt treft, kan die factor lager zijn dan 1.

Bij het bepalen van de vergoeding bij beëindiging door *opzegging* speelt vergelijkbare problematiek. Technisch gezien is de maatstaf anders. Het gaat niet om een billijke vergoeding, maar om vergoeding van de schade die de werknemer door de opzegging heeft geleden. Een schadevergoeding is iets anders dan een vergoeding naar billijkheid. Toch blijkt in de praktijk hetzelfde probleem te spelen: de schadevergoeding na een kennelijk onredelijke opzegging is in hoge mate onvoorspelbaar, omdat theoretisch en met name praktisch niet duidelijk is hoe men schade door opzegging berekent. Om die reden heeft een aantal hoven, geïnspireerd door de ABC-formule voor ontbinding, de XYZ-formule opgesteld voor opzegging.

Die XYZ-formule kwam ter beoordeling van de Hoge Raad. Kan de vergoeding bij onredelijke opzegging wel, net als de billijkheidsvergoeding bij ontbinding, in een formule worden gevangen? Het antwoord van de Hoge Raad is: nee.⁵ De Hoge Raad zet een streep door de XYZ-formule. Over die beslissing wil ik het hebben.

De Hoge Raad onderkent dat de rechtszekerheid hier een rol speelt. Ik citeer: “(...) *de door het hof beoogde voorspelbaarheid van dit soort frequent voorkomende beslissingen, [is] mede in verband met de rechtszekerheid, een belangrijk gezichtspunt*”. Maar toch kan, aldus de Hoge Raad “*ook daarin niet een rechtvaardiging worden gevonden voor een zo globale maatstaf*” als de XYZ-formule.

Gewogen en te ligt bevonden dus, maar laten we bij die rechtszekerheid toch even stilstaan. In de literatuur is men uitgesproken: woorden als “volstrekt ongewis” vallen. Een bekende arbeidsrechtadvocaat zegt op de vraag van justitiabelen welke schadevergoeding zij ontvangen, te antwoorden: “Minder dan u verwacht, maar hoeveel minder kan ik echt niet zeggen”.⁶ Die onzekerheid treft niet alleen de werknemer. De werkgever wil dat zijn HR-afdeling gewoon kan berekenen wat de werknemer betaald moet krijgen. Hij wil daarvoor niet naar een externe advocaat. Een lawyer’s paradise. Rechtsonzekerheid brengt ook rechtsongelijkheid mee; onder vergelijkbare omstandigheden krijgt de een meer dan de ander.

⁵ HR 29 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596.

⁶ R.A.A. Duk, SMA 2008, p. 207, aangehaald door A-G Spier (onder nr. 8.7.2 van zijn conclusie).

Een zwaar belang dus hier, de rechtszekerheid. Wat stelt de Hoge Raad daar tegenover? Hij benadrukt dat de vergoeding naar billijkheid bij ontbinding in een snellere, oppervlakkiger procedure plaatsvindt dan de schadevergoeding bij kennelijk onredelijk ontslag. Dat is waar, maar dat zegt nog weinig over de mate waarin standaardisering van het resultaat van die procedure mogelijk is – en daar gaat het hier om. Voorts overweegt hij: *“Bij kennelijk onredelijk ontslag moet de rechter zich [anders dan bij ontbinding] steeds nauwkeurig rekenschap geven van de concrete omstandigheden en factoren die de hoogte van de vergoeding bepalen, en dient hij daarvan in zijn beslissing ook verantwoording af te leggen op zodanige wijze dat voldoende inzicht wordt gegeven in de afweging die tot de beslissing over de hoogte van de vergoeding heeft geleid.”*

Is dit nu een overtuigende passage? Het probleem is nu juist dat het rechters niet lukt hun beslissingen op dit punt uit de sfeer van de willekeur krijgen – om op geloofwaardige wijze “verantwoording af te leggen”. Die hoven wisten heel goed dat het theoretisch moet zoals de Hoge Raad zegt. “Komt een rechter bij de rechter, zegt hij, rechter, ik kan geen recht spreken want er is geen regel, zolang de wetgever niet met iets beters komt heb ik daarom zelf maar een regel gemaakt. Zegt de rechter: Dat is fout, weet je wat jij moet doen, jij moet gewoon recht spreken!”

Ik vind de overwegingen van de Hoge Raad nogal, om zo te zeggen, vanuit het systeem gedacht. Noch de aard van de procedure, noch het karakter van de betalingsverplichting lijkt mij een argument om de XYZ-formule af te wijzen. Na de constatering dat het hier met de rechtszekerheid erg slecht gesteld is, kan denk ik alleen nog een materieel argument indruk maken. Dat argument zou kunnen zijn dat je dit soort beslissingen niet in een formule kunt stoppen zonder de individuele rechtsverhouding geweld aan te doen. Dat is op zichzelf goed denkbaar: een formule is een vrij grove methode. Om die reden is het ons bijvoorbeeld nooit gelukt een formule te ontwikkelen voor de opzegging van andere duurverhoudingen dan de arbeidsovereenkomst.

Ik ben er op voorhand niet van overtuigd dat zich dat probleem ook hier voor doet. Een belangrijke indicatie van het tegendeel lijkt mij dat de groep mensen die bij uitstek ervaring heeft met dit soort beslissingen, raadsheren in hoven, kennelijk na in de praktijk reeksen van dit soort zaken te hebben gedaan, vindt dat standaardisering de billijkheid geen geweld aandoet. Er zat een indrukwekkende hoeveelheid “feitenwijsheid” achter die standaardiseringspoging. Een ander argument is dat die onbillijkheid er niet snel zal zijn omdat er nauwelijks een norm is aan te wijzen waarmee de gegeven beslissing dan in strijd zou zijn. Midden in het moeras is er niets om je tegen af te zetten.

4. ABN AMRO LaSalle

Het vierde geval. Op 22 april 2007 verkoopt ABN AMRO LaSalle Bank Corporation (hierna: “ABN” en “LaSalle”). LaSalle is een bank die een belangrijk deel van de activiteiten van ABN op de Amerikaanse markt vertegenwoordigt. Deze

verkoop maakt mede mogelijk wat het bestuur van ABN wil, namelijk fuseren met Barclays. Een deel van de aandeelhouders van ABN vindt die fusie niet gelukkig, omdat er een consortium van partijen is dat meer voor hun aandelen wil betalen dan de fusie met Barclays zou opleveren. In hun visie is door de verkoop van LaSalle het voor hen betere alternatief, overname door het consortium, gefrustreerd. De aandeelhouders beginnen een procedure en vorderen een verbod tot uitvoering van de verkoopovereenkomst, onder andere op de grond dat het bestuur voor de verkoop van LaSalle de goedkeuring van de vergadering van aandeelhouders had moeten vragen – en dat is niet gebeurd.

De ondernemingskamer oordeelt dat het bestuur die goedkeuring inderdaad had moeten vragen, maar in cassatie oordeelt de Hoge Raad van niet.⁷ Kijkt men door de oogharen naar het arrest van de Hoge Raad, dan ziet men eigenlijk meteen waar hij heen wil. Hij vindt dat in dit soort gevallen het bestuur de baas is en niet de vergadering van aandeelhouders. *“Voor een oordeel in andere zin is onvoldoende steun te vinden in de wet en in de Nederlands heersende rechtsovertuiging zoals deze onder meer tot uiting komt in de Nederlandse corporate governance code.”* Daarmee lijkt de zaak eigenlijk wel beslist – in juiste zin wat mij betreft. Maar het gaat mij nu niet om dit oordeel als zodanig, maar om iets anders.

Ter onderbouwing van hun stelling dat zij instemmingsrecht hadden, beriepen de aandeelhouders zich onder andere op art. 2:107a. Dat artikel regelt welke besluiten van het bestuur aan goedkeuring onderworpen zijn. In de motivering van zijn afwijzing van het beroep op die bepaling overweegt de Hoge Raad, kort gezegd, dat art. 2:107a omwille van de rechtszekerheid restrictief moet worden uitgelegd. Bij een restrictieve uitleg valt een geval als het onderhavige er niet onder. Over dat argument van de noodzaak tot een restrictieve uitleg wil ik het hebben.

De gedachte achter art. 2:107a is dat voor de algemene vergadering een rol is weggelegd bij besluiten die wezenlijk betrekking hebben op de structuur van de vennootschap of op de beschikking over delen van de met de vennootschap verbonden onderneming. Zo'n soort gedachte in de wet op een werkbare manier tot uitdrukking brengen is niet eenvoudig, maar het is iets wat de wetgever wel vrijwel dagelijks moet doen. Er zijn grofweg drie opties. De wetgever kan (i) een open criterium formuleren en het daar bij laten, (ii) hij kan een open norm geven en daar een paar voorbeelden aan toevoegen van wat er in ieder geval onder valt en (iii) hij kan in een uitputtende opsomming alle gevallen noemen die onder de norm vallen. De norm zelf kan dan geschrapt worden.

In het onderhavige geval heeft de wetgever voor de tweede variant gekozen. Art. 2:107a luidt: *“Aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen de besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming, waaronder in ieder geval”*. En dan volgen er drie gevallen waarin die goedkeuring er in elk geval moet zijn. Die woorden “waaronder in ieder geval” maken heel duidelijk dat er nog andere gevallen kunnen zijn. Welke die andere

⁷ HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970.

gevallen dan zijn, zou duidelijk moeten worden onder invloed van de rechtsontwikkeling. Leidend daarbij is de ratio van de bepaling.

Maar hier gebeurt iets opvallends. Hoge Raad overweegt: *“De wetgever heeft onderkend dat het niet goed mogelijk is in alle denkbare situaties te voorzien en heeft een in beginsel open norm gegeven, die echter in verband met de vereiste rechtszekerheid in zoverre een duidelijke beperking inhoudt dat aan de algemene vergadering van aandeelhouders een goedkeuringsrecht uitsluitend toekomt wanneer een bestuursbesluit zodanig ingrijpend is dat daardoor de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming en de aard van het aandeelhouderschap veranderen in vorenbedoelde zin.”* Deze redenering vind ik moeilijk te volgen.

Ten eerste valt op dat de Hoge Raad spreekt van een “in beginsel open norm”, terwijl voor dat “in beginsel” voor zover ik zie geen grond bestaat: *“een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming”* is een open norm; het is niet een “in beginsel” open norm. Deze knijpende grondhouding ten aanzien van art. 2:107a wordt doorgevoerd in de overweging dat er een open norm is en deze norm zelf vervolgens ten behoeve van de rechtszekerheid een beperking inhoudt. Zelf ontwaar ik noch in de redactie van het artikel, noch in de parlementaire geschiedenis een bewuste poging van de wetgever om hier, in vergelijking met al die andere gevallen waarin hij op vergelijkbare wijze probeert een uitgangspunt te ‘positiveren’, een soort verhoogd rechtszekerheidsniveau te bereiken.

Nu kan het best zo zijn dat, afgezien van wat de wetgever heeft bepaald, de kwestie van goedkeuring een terrein is waar de rechtszekerheid van groter belang is dan op andere terreinen. Dat is de indruk die sommige schrijvers wekken. “Onduidelijkheid is in de praktijk zeer ongewenst” lees je dan. Dat is op zichzelf natuurlijk waar, maar onduidelijkheid is altijd zeer ongewenst. De vraag is of het op dit terrein *erger* is dan elders.

Het zou kunnen, maar ik heb voor die stelling geen argumenten gezien. Ja, er zijn derden bij betrokken – in onze casus de koper van LaSalle. Maar die derden zullen zich veelal van de kwestie van het goedkeuringsrecht van aandeelhouders zeer wel bewust zijn en bovendien, belangrijker nog, doet een gebrek aan goedkeuring niet af aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur (art. 2:107a lid 2). De vennootschap is gewoon gebonden. Als evident is dat die goedkeuring er had moeten zijn kan de derde aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad of anderszins, maar dat is een uitzonderlijk geval. Het bijzondere belang van de rechtszekerheid kan dus niet, zoals dat in het goederenrecht wel kan, worden gevonden in de derdenwerking van de regel.

In de kern hebben we het dus over de rechtsonzekerheid van het bestuur. Het bestuur kan aansprakelijk zijn als het nalaat de goedkeuring te vragen en wil daarover dus graag zekerheid. Maar dat wil de bestuurder ook in veel andere situaties waarin hij die zekerheid toch niet krijgt, zoals wanneer hij zich afvraagt of hij nog wel namens de vennootschap kan contracteren als de vennootschap in zwaar weer zit, of de mededingingsautoriteiten hun goedkeuring aan de transactie zullen verlenen; net zoals overigens buiten het vennootschapsrecht de beslaglegger

graag wil weten of zijn beslag rechtmatig is omdat hij anders voor schade opdraait, de koper die buitengerechtelijk ontbindt graag wil weten of die ontbinding in rechte stand houdt, enzovoorts. Allemaal onzekerheden door open normen. Waarom is hier de onzekerheid van het bestuur erger? Niet omdat dit soort transactie zo vaak voorkomt; ze zijn juist betrekkelijk zeldzaam.

Wat het argument van de rechtszekerheid werkelijk waard is, wordt pas duidelijk als we het omdraaien. Stel dat de in Nederland algemeen heersende algemene rechtsopvatting wel instemming van de AvA had gevorderd. Zou dan de rechtszekerheid de Hoge Raad hebben belet dienovereenkomstig te beslissen? Ik geloof het niet. De open norm van art. 2:107a had dan als vanzelfsprekend onderdak geboden aan een goedkeuringsrecht van de AvA. De tekst van art. 2:107a biedt hier alle ruimte toe. Er staat immers: “waaronder in ieder geval”. Over de rechtszekerheid was vermoedelijk met geen woord gerept.

5. De arbitrabiliteit van besluiten

Het vijfde geval. Er zijn natuurlijke personen, mensen zoals u en ik, en die bepalen zelf hun wil. Er zijn ook rechtspersonen. Uw verzekeraar, uw tennisvereniging, Stichting de Vrije Universiteit, enzovoorts. Ook zij moeten hun wil bepalen. Belangrijk in dat kader is het begrip besluit. Over tal van belangrijke onderwerpen worden binnen de rechtspersoon besluiten genomen: over de benoeming van bestuurders, over wijziging van de statuten, over ontbindingen van de rechtspersoon, enzovoorts.

Nu kan er met zo’n besluit iets mis zijn, bijvoorbeeld doordat het is genomen door de verkeerde personen of doordat aan bepaalde vormvereisten niet is voldaan. Over de vraag of er inderdaad iets mis is, technisch gezegd, of het nietig of vernietigbaar is, kan conflict ontstaan. Normaal gesproken leggen partijen dat geschil dan voor aan de overheidsrechter. In de statuten kan echter bepaald zijn dat een geschil niet aan de overheidsrechter wordt voorgelegd, maar zal worden beslist door arbitrage. De vraag is of dat eigenlijk wel kan; of arbiters hierover kunnen beslissen of dat het een zaak voor de overheidsrechter is.

De Hoge Raad heeft geoordeeld dat het een zaak voor de overheidsrechter is.⁸ Hij overweegt daartoe: *“In de eerste plaats moet worden aangenomen dat vernietiging van een besluit van een rechtspersoon met het oog op de daaruit, zowel voor de rechtspersoon als voor derden, voortvloeiende (vaak ingrijpende) rechtsgevolgen en in verband met de rechtszekerheid, niet ter vrije beschikking van partijen staat.”*

Dat “niet ter vrije beschikking van partijen staan” is van wezenlijk belang, omdat de wet bepaalt dat kwesties die niet ter vrije beschikking van partijen staan, niet aan arbitrage onderworpen kunnen worden. Met het oordeel dat die vrije beschikking er ten aanzien van de vernietiging van besluiten niet is, is de beslissingen dus in feite gegeven. Dát vernietiging van een besluit niet ter vrije

⁸ HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY4033.

beschikking van partijen staat, baseert de Hoge Raad zowel op de voor de rechtspersoon en derden ingrijpende rechtsgevolgen als op de rechtszekerheid. Wat het respectievelijke belang van beide argumenten is weten we niet, maar enig belang hebben ze kennelijk beide.

Over die “ingrijpende rechtsgevolgen” moet ik kort zijn. Het is een ingewikkeld vennootschapsrechtelijk argument, dat in belangrijke mate samen lijkt te vallen met een argument dat de Hoge Raad verder in zijn overwegingen voert, namelijk dat van de “erga omnes-werking” van vernietiging; vernietiging geldt ten opzichte van een ieder en niet alleen ten opzichte van degene die de vernietiging heeft verzocht. In reactie op het arrest wordt in de literatuur de “erga omnes-werking” geen al te sterk argument gevonden om arbiters categorisch onbevoegd te achten, maar ik laat dat hier verder onbesproken.

Het gaat ons nu om dat andere punt, het argument van de rechtszekerheid. De rechtszekerheid maakt volgens de Hoge Raad (mede) dat de vernietiging niet ter vrije beschikking bestaat van partijen. Hoe moeten we die opvatting begrijpen? Inderdaad kan men op zichzelf wel zeggen dat het rechtszekerder is als het besluit door partijen onaantastbaar is. Dat iets wat er was er niet blijkt te zijn, maakt rechtsonzeker. Dat partijen een besluit dat ze eerst hebben genomen vervolgens teniet kunnen doen, is een minder zekere toestand dan wanneer ze er vervolgens niet meer aan kunnen komen.

Maar: de wetgever heeft nu eenmaal, op goede gronden, gevonden dat besluiten nietig of vernietigbaar kunnen zijn. Gegeven is bovendien, en dat is heel wezenlijk, dat *partijen* de bevoegdheid hebben de vernietiging door de overheidsrechter te laten uitspreken. Het is niet zo dat die vernietiging wordt geïnitieerd door een boven partijen staande derde, iemand die een hoger, algemeen belang vertegenwoordigt en dat belang in de procedure verdedigt. Nee, het zijn gewoon de partijen die kunnen kiezen of ze een procedure bij de overheidsrechter initiëren en het zijn partijen die inhoud geven aan het debat op basis waarvan die overheidsrechter oordeelt. Dat zo zijnde valt niet goed in te zien waarom de bevoegdheid van arbiters een grotere aanslag op de rechtszekerheid doet dan die van de overheidsrechter – en valt dus ook niet in te zien hoe de rechtszekerheid een argument kan vormen voor het oordeel dat de vernietiging niet ter vrije beschikking van partijen staat.

Het lijkt er op dat voor de Hoge Raad in deze kwestie het erga-omnes argument de doorslag heeft gegeven en hij daar de rechtszekerheid als extra argument aan heeft willen toevoegen, terwijl die rechtszekerheid eigenlijk nauwelijks zelfstandige betekenis heeft.

6. Beschouwingen; inleiding

Na een aantal conflicten tussen rechtszekerheid en billijkheid te hebben gezien, rijst de vraag in hoeverre men kan ‘veralgemeeniseren’. We hebben er nu maar vijf besproken, maar stel het er vijftig zijn? Als het mogelijk is bepaalde ‘gevalstypen’ van het conflict tussen rechtszekerheid en billijkheid te herkennen, dan kan men de

bevindingen die ten aanzien van die typen zijn gedaan ook elders toepassen. Men beschrijft ze in een boek en iedereen die voortaan worstelt met het dilemma van rechtszekerheid en billijkheid zoekt in dat boek het betreffende type en vindt daar de oplossing. Echte wetenschap. Waarom is dat te mooi om waar te zijn?

Het benoemen van bepaalde typen is tot op zekere hoogte wel mogelijk. Men zal na analyse van grotere aantallen *déjà-vu* ervaringen krijgen. Bijvoorbeeld: in Plas/Valburg wordt door de Hoge Raad te midden van een aantal leerstukken met open grenzen een nieuw leerstuk met open grenzen geplaatst. Iets vergelijkbaars geldt bijvoorbeeld voor wat ‘de omkeringsregel’ heet. De omkeringsregel is een bijzondere bewijsregel van causaliteit en schade. Die regel ligt dicht in de buurt van andere open bewijsrechtelijke instrumenten die de rechter heeft om met dat probleem om te gaan. Door die omkeringsregel ontstaat rechtsonzekerheid door afgrenzingsproblemen. Ook kan men zich afvragen of de bestaande instrumenten niet voldoende ‘absorptievermogen’ hebben om de billijke oplossing te bieden – net als bij Plas/Valburg. Een in zekere zin vergelijkbare manifestatie van het dilemma rechtszekerheid versus billijkheid dus. De algemene les zou kunnen zijn: wees voorzichtig met het creëren van een nieuwe open norm in de directe nabijheid van andere open normen.

Maar die waarschuwing is ook wel te relativiseren: want ondanks de bedoelde gelijkenis vertelt Plas/Valburg ons niets over de omkeringsregel. De weging van rechtszekerheids- en billijkheidsbelangen kan daar immers heel anders uitpakken. Of dat zo is, kan men alleen bepalen door die belangen ook voor de omkeringsregel heel precies in kaart te brengen.

Het zou ook interessant zijn te bezien of per rechtsgebied patronen herkenbaar zijn. Zo is in het vennootschapsrecht rechtszekerheid belangrijk, omdat het vaak niet om één op één verhoudingen gaat, maar ook derden betrokken zijn. Net als in het goederenrecht. In het verbintenissenrecht kan de billijkheid eerder voorrang krijgen – want daar zijn slechts twee partijen. Paradoxaal genoeg kom ik in het geringe aantal gevallen dat ik nu heb besproken juist tot het tegengestelde resultaat. Ik besprak drie verbintenissenrechtelijke gevallen en concludeerde in al die gevallen dat de rechtszekerheid het had moeten winnen; ik besprak twee vennootschapsrechtelijke gevallen en concludeerde dat de Hoge Raad de rechtszekerheid daar ten onrechte grote betekenis toekende. De basisoriëntatie van het rechtsgebied vertaalt zich in de individuele gevallen niet in een groter aantal overwinningen van de rechtszekerheid of juist de billijkheid. Dat is, denk ik, te verklaren doordat de oriëntatie op het ene of het andere beginsel al in de wettelijke regeling van die rechtsgebieden tot uitdrukking is gebracht. Het argument is daardoor ‘uitgeput’ als men met de grensgevallen te maken krijgt. Ook het verbintenissenrecht kan niet grenzeloos rechtsonzeker zijn, net zo min als het vennootschapsrecht grenzeloos rechtszeker kan zijn.

Een andere vraag die men met een grotere groep gevallen zou kunnen beantwoorden, is die naar de functie van het rechtszekerheidsargument binnen de motivering. Mijn vermoeden is dat de rechtszekerheid nog wel eens wordt gebruikt om een redenering die in wezen is gestoeld op een subjectief oordeel, ‘af te timmeren’ met een objectief argument. Het is in zekere zin onbevredigend te

zeggen: “het is zo omdat wij vinden dat het zo is”. Men zegt waarschijnlijk liever: “Wat ook zij van wat wij er van vinden, als we het anders doen wordt het onwerkbaar”. Ik sluit niet uit dat in die gevallen de zelfstandige betekenis van het rechtszekerheidsargument soms nogal betrekkelijk is. Denkbaar is, doordenkend op die lijn, dat het rechtszekerheidsargument niet erg consistent wordt gehanteerd: soms lijkt het wezenlijk maar hoort men er niets over; soms lijkt het geen werkelijk gewicht te hebben en wordt het toch gevoerd. Te bedenken is in dit verband dat de rechtszekerheid een enigszins verweesd argument is, in die zin dat waar de billijkheidsbelangen in een procedure door partijen worden verdedigd, het rechtszekerheidsbelang in het debat geen stem heeft; het wordt door de rechter ambtshalve in overweging genomen, maar met name omdat dat belang vaak een sterke feitelijk dimensie heeft (zie hierna) die de rechter niet goed kan overzien, is dat een onvoldoende compensatie.

Wat is, in het licht van het voorgaande, de zin van gevalstypering? Een ‘encyclopedie’ van conflicten tussen rechtszekerheid en billijkheid zou zonder meer de moeite waard zijn. Er zijn bruikbare perspectieven voor het voorliggende geval aan te ontleen. Wie de argumenten binnen een andere context al eens heeft gezien, kan ze sneller herkennen in de voorliggende situatie. De opmerking van zo-even over het gevaar van open normen in elkaars nabijheid, zal niet de enige les zijn die zich uit een analyse van grotere aantallen laat trekken. Ook het inzicht dat de verlokking van het rechtszekerheidsargument, met zijn quasi-dwingende karakter, de integriteit van een redenering kan corrumperen, is in algemene zin relevant. Er zouden vermoedelijk meer van dat soort lessen te trekken zijn.

7. Beschouwingen: de ‘methode’ van afweging

Niettegenstaande het voorgaande vrees ik dat een ‘encyclopedie’ van conflicten tussen rechtszekerheid en billijkheid ons het zware werk veelal niet uit handen kan nemen. Want hoe beslist moet worden, hangt af van wat in de gegeven situatie *precies* de rechtszekerheids- en billijkheidsbelangen zijn. Dat zal steeds verschillen. Het loont daarom de moeite te bezien of iets te zeggen is over de ‘methode’ van die afweging.

Vrij wezenlijk lijkt mij dat de identificatie van enerzijds het rechtszekerheidsbelang en anderzijds het billijkheidsbelang in twee stappen moet gebeuren. Ik werk dat om te beginnen wat nader uit voor het rechtszekerheidsoordeel.

De eerste stap is de juridische analyse. Bijvoorbeeld: in hoeverre de rechtszekerheid wordt aangetast door een instemmingsbevoegdheid van de AvA, hangt sterk af van de vraag in hoeverre derden het gebrek aan toestemming aan derden kan worden tegengeworpen. Kan het gebrek aan toestemming niet aan derden worden tegengeworpen, dan heeft dat een dramatische vermindering van rechtsonzekerheid tot gevolg. De uitleg van art. 2:107a lid 2, waarin is bepaald dat het ontbreken van goedkeuring door de AvA de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur niet aantast, heeft dus een verregaande invloed op het rechtszekerheidsoordeel. En die uitleg is een juridische kwestie.

Met inachtneming van die juridische analyse volgt de tweede stap: er moet een inschatting worden gemaakt van de mate waarin de mensen straks inderdaad onzekerder worden als gevolg van de door de billijkheid gewenste oplossing, dan door het rechtszekerder ‘alternatief’. Dat is, en dat verdient nadruk, een *feitelijke* notie: het gaat over de hanteerbaarheid van het recht binnen de samenleving. In hoeverre er inderdaad onzekerheid zal ontstaan, de hanteerbaarheid dus afneemt, is vaak nog niet zo eenvoudig te voorspellen.

Bijvoorbeeld: wij zagen dat de Hoge Raad in de kennelijk onredelijk ontslagzaak geoordeeld heeft dat de rechtszekerheid een belangrijk gezichtspunt is, maar niet de doorslag kan geven. We weten niet welk beeld bij de Hoge Raad heeft bestaan van de in de praktijk bestaande onzekerheid. Mijn inschatting zou zijn dat de bestaande verwarring over ontslagvergoedingen in de praktijk zeer serieus te nemen is – in termen van advocaatkosten, looptijd van procedures, psychologische onzekerheid van betrokkenen, etc. Misschien denkt de Hoge Raad daar anders over en schat hij de maatschappelijke schade door rechtsonzekerheid veel lager in. Wie gelijk heeft is onbekend. Het is hoe dan ook een feitelijke vraag.

Zo moeten wij dus het rechtszekerheidsargument in twee stappen taxeren; eerst een juridische analyse en daarna een feitelijke. Dan het billijkheidsbelang. Daarvoor geldt eigenlijk hetzelfde; ook daar wordt de juridische analyse gevolgd door een feitelijk oordeel.

Laat ik de eerste stap illustreren aan de hand van Plas/Valburg. Of met de Plas/Valburg-doctrine een billijker oordeel mogelijk is dan zonder die doctrine, is afhankelijk van de vraag naar de mate waarin reeds andere leerstukken in de directe omgeving van Plas/Valburg de mogelijkheid hebben het billijke oordeel te herbergen. Mijn analyse luidde dat die andere leerstukken zo flexibel zijn – denk aan het leerstuk van de totstandkoming van de overeenkomst, de onrechtmatige daad, vertegenwoordiging en ongerechtvaardigde verrijking – dat Plas/Valburg eigenlijk niets toevoegt; Plas/Valburg vergroot de billijkheidscapaciteit van ons recht niet of nauwelijks. Anderen zullen dat wellicht betwisten. Het gaat mij nu niet om de uitkomst van het debat; het gaat er om dat de eerste stap in het denken over het billijkheidsbelang primair juridisch is.

Daarna volgt opnieuw de feitelijke dimensie. Neem als voorbeeld de klachtplicht tegenover het verjaringsrecht. Omdat de klachtplicht een dubbele open toets heeft en de verjaring slechts een enkelvoudige, kan de rechter zijn oordeel bij de klachtplicht perfect op maat snijden waar hij dat bij de verjaring niet kan – de klachtplicht geeft dus een ‘billijker oordeel’ (dat is de ‘juridische’ stap). De volgende stap is wat dat grotere billijkheidspotentieel feitelijk waard is. Ik ben daar gereserveerd over. Mijn inschatting was dat het niet zo vaak voorkomt dat de vaste vijfjaarstermijn van de verjaring aan de debiteurszijde al te groot leed oplevert; mij lijkt de behoefte hier een concrete toets te kunnen toepassen niet zo dwingend. Uw inschatting is misschien een andere. Mijn inschatting zou op een onderschatting van de verduisterende werking van de tijd gebaseerd kunnen zijn. Misschien is in 90% van de zaken de kwaliteit van het bewijs na anderhalf jaar al zeer sterk afgenomen. Dan zouden de billijkheidsnadelen van die vaste vijfjaarstermijn veel groter zijn dan ik heb verondersteld. Wat

daarvan zij: opnieuw is mijn punt dat het hier om een overwegend feitelijke vraag gaat.

Zo dienen dus zowel het rechtszekerheidsbelang als het billijkheidsbelang in twee stappen te worden bepaald. De volgende vraag is of dan, als die belangen in op die wijze in kaart zijn gebracht, het pleit is beslecht. Het antwoord luidt helaas ontkennend. Die belangen moeten immers vervolgens nog worden afgewogen. Dat lijkt op het eerste gezicht nog even problematisch als het was: aan de ene kant is er het belang van het individu bij de billijke oplossing en aan de andere kant is er het algemene belang bij rechtszeker, hanteerbaar, recht.

Toch zijn we denk ik wel wat opgeschoten. Mijn verwachting is dat wanneer we ‘volledige informatie’ hebben, als we het billijkheids- en het rechtszekerheidsbelang werkelijk scherp voor ogen hebben, in het grootste deel van de gevallen de oplossing tamelijk evident is. Het ene belang weegt duidelijk zwaarder dan het andere. Anders gezegd: de angel van het debat zit hem veelal niet in de afweging op zichzelf, in die lastige vraag of nu het algemene of het individuele belang voorrang moet krijgen. De angel zit hem veeleer in de *voorbereiding* van die afweging. Alle vijf de vandaag besproken gevallen laten zich in grove streken voorstellen als moeilijke keuzes tussen individueel en algemeen. Voor allemaal geldt dat wanneer we de belangen scherp hebben, we ze in concreto voorstellen, de oplossing zich min of meer als vanzelf aandient.

Wellicht een veelzeggende illustratie van die stelling is de geschiedenis van wat te boek staat als het meest weerbarstige probleem van rechtszekerheid en billijkheid, te weten de problematiek van verjaring van asbestclaims. Over de vraag of de dertigjaarstermijn opzij gezet kon worden, bestond diepgaand verschil van mening. Verdedigers van de billijkheid meenden dat het onaanvaardbaar is als de dodelijk zieke slachtoffers hun recht zouden verliezen nog voordat zij ook maar ziek werden. Verdedigers van de rechtszekerheid meenden dat wanneer de verjaringsstermijn buiten toepassing zou blijven, de duidelijkheid die de wetgever met die dertigjaarstermijn in het leven had willen roepen, in rook op zou gaan.

Inmiddels weten we hoe het gegaan is. De Hoge Raad oordeelde dat een beroep op de dertigjaarstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kon zijn – en liet zo de billijkheid winnen.⁹ Dat was in 2000. Wij kunnen inmiddels, 14 jaar later, de vraag beantwoorden hoe die beslissing feitelijk heeft uitgepakt. Is door het arrest de rechtsonzekerheid inderdaad toegenomen? Zijn we vanaf dat moment onze bewijsstukken meer dan dertig jaar gaan bewaren om ons tegen oude vordering te kunnen verweren? Zijn ondernemingen in uit voorzorg reserves gaan aanleggen? Zijn er significante aantallen procedures gekomen over decennia-oude vorderingen?

Het antwoord is: nee. Van Hese/Schelde blijkt in die zin nauwelijks effect te hebben gehad. Het is mogelijk gebleken de billijkheid te dienen zonder op het terrein van de rechtszekerheid een wezenlijk offer te brengen. Het rechtszekerheidsbelang blijkt te licht om de afweging moeilijk te maken. Van Hese/Schelde

9 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (Van Hese/Schelde).

blijkt bij nader inzien nooit het morele dilemma tussen algemeen en individueel belang te zijn geweest waarvoor we het altijd gehouden hebben.

8. Rol van de wetenschap; ons programma

Tot zover wat ik inhoudelijk wilde zeggen. De strijd tussen rechtszekerheid en billijkheid is denk ik een mooi voorbeeld van wat wij binnen het commerciële en ondernemingsrechtelijke onderzoeksprogramma van onze faculteit doen. We bestrijken maar liefst zeven deelterreinen. Iedereen publiceert in de top van zijn eigen specialisme. Tegelijkertijd zijn er overkoepelende thema's, thema's die als rode draden door ons aller terreinen lopen en waarmee wij gezamenlijk onderzoekend verder komen dan alleen. Het aan deze oratie voorafgaande symposium over rechtszekerheid en billijkheid op een aantal deelgebieden vormde daarvan een mooie illustratie.

Dat geldt ook voor de methodologische benadering. Voor een deel gaat het om klassieke juridisch gedachtevorming; de brede, analytische, associatieve blik op het recht. Dat is het terrein waarop wij ons traditioneel thuis voelen. Maar er kwamen ook meer empirisch georiënteerde vragen aan de orde – rechtszekerheid bleek in de kern een feitelijk notie. Daar ligt denk ik een prachtig, nog verder te ontginnen gebied. Al onze onderzoekers hebben nauwe banden met de praktijk – zijn daar meestal deels werkzaam. De Zuidasadvocatuur, waarmee wij via de Zuidasmaster en het Zuidas Instituut voor Financieel- en Ondernemingsrecht nauwe banden onderhouden, is een soort permanente expertmeeting, een bodemloos vat met data. De komende tijd zullen we verder zoeken naar de combinatie van de klassieke juridische analyse en empirie.

Dankwoord

Aan het eind van mijn oratie gekomen, wil ik het bestuur van de faculteit, in het bijzonder decaan Elies van Sliedrecht, hartelijk danken voor deze eervolle benoeming. Over een aantal personen wil ik iets nader zeggen.

Arno Akkermans - promotor. U kent het spreekwoord "Wee de leerling die zijn meester niet overtreft". Althans, ik dacht dat dat spreekwoord bestond, maar toen ik het opzocht bleek het onvindbaar. Had het bestaan, dan was vrees ik voor mij de rol van betreurde leerling. Intelligentie, ja, creativiteit, ja, maar toch vooral je onafhankelijkheid van geest. Een bestaand spreekwoord dan maar: ik ben bij jou op een goede kaai geland.

Bernhard Sluijters, in 2000 formeel patroon af. Drie jaar geleden beklagde ik mij er over dat een redactie mijn bijdrage had geweigerd – schande, nog nooit gebeurd! 's Avonds op mijn voicemail je bericht: "Dat je het stuk hebt geschreven is goed. Dat de redactie het heeft afgewezen is nog beter." In mijn inbox zat een opzet met de juiste structuur. Formeel in 2000 patroon af, materieel, ach, u raadt het wel.

Floris Bakels, jij hebt 6 jaar lang bij ons het vak Actualiteit Burgerlijk Recht gegeven. Althans, dat dacht je. In werkelijkheid bestond het vak niet, gaf je college

aan spookstudenten en figuranten. Het was één grote setup van mij en mijn collega's; docenten die ook wel weer eens in de college banken wilde zitten om echt iets te leren; de rechtsontwikkeling door de rechtsontwikkelaar in eigen persoon.

Collega's van het hof Arnhem. Hoe goed ik de zaken ook voorbereid, altijd zien jullie de feiten scherper dan ik – en vaak ligt de crux van de zaak in die feiten en minder in het recht. Zo leert het plaatsvervangerschap mij onder andere welk soort onderzoek voor de praktijk nuttig is. Daar komt dan nog bij de belangstellende hartelijkheid waarmee jullie mij altijd weer ontvangen.

Jaap Bellingwout. Al een aantal jaren ben ik verantwoordelijk voor wat in de wandelgangen 'de Zuidasmaster' is gaan heten – een samenwerkingsverband tussen onze faculteit, alle leidende advocatenkantoren op de Zuidas en inmiddels ook de UvA. Ik profiteer nog dagelijks van de opzet die jullie in 2008 hebben bedacht, samen met onder andere Arno Akkermans en Paul Vlas.

Net zo belangrijk is dat Jaap Pien Werkman heeft binnengebracht. Pien is de Steve Jobs van de Zuidasmaster: zou je weg gaan, dan is de hele zaak meteen over zijn hoogtepunt heen. Dat je organisatorisch sterk bent mochten we verwachten; dat je altijd bereikbaar bent is meer dan we mochten verwachten; dat je door je uitstekende gevoel voor verhoudingen een gezichtsbepalende factor van de Master bent geworden gaat je functieomschrijving ver te buiten.

Studenten. Ik ben zo'n beetje veertig jaar. Dat is de leeftijd waarop jij je nog wel met de jeugd associeert, maar de jeugd zich niet meer met jou. Jullie zijn zo beleefd dat goed te verbergen – ik word zelden uitgelachen om wat ik aan heb, ik krijg geïnteresseerde vragen en regelmatig verzoeken om carrièreadvies. Kom over vijf jaar nog eens terug en vertel hoe het met je gaat. En in de tussentijd: blijf denken vanuit de basis.

Collega's van de afdeling privaatrecht. Een ervaren observator schijnt in 30 seconden te kunnen zien hoe binnen een groep de verhoudingen liggen. Zouden we hem 30 seconden naar onze afdelingslunch laten kijken, dan ziet hij een groep overwegend jonge, intelligente mensen die het onderling erg goed kunnen vinden en die bevlogen met het recht bezig zijn. Ik prijs mij gelukkig daar deel van uit te maken.

Rolef de Weijjs – UvA-man. Meestal bedank je mensen voor wat geweest is. Jou wil ik bedanken voor wat komen gaat. We hebben een veelbelovende start gemaakt van een nieuwe, interdisciplinaire ondernemingsrechtelijke master van de VU en de UvA samen. Het lijkt bij ons zo te zijn als het cliché wil: mijn zwakke punten zijn jouw sterke punten en andersom. Dat is ook wel nodig: samenwerking tussen minstens vier faculteiten. Teken een matrix en de oranje lampjes knippen je tegemoet. Maar het kan, en wij gaan het doen.

Ik heb gezegd

Rechts(on)zekerheid in vennootschapsrechtelijke wetgeving

Prof. mr. J.B. Huizink

1. Er moeten in dit land zaken worden geregeld. Bijvoorbeeld op het terrein van het rechtspersonen-, vennootschaps- en ondernemingsrecht. Daar ligt een belangrijke taak voor de wetgever. Zoals op veel andere rechtsgebieden is het voor de wetgever (ook voor het rechtspersonen-, vennootschaps- en ondernemingsrecht) onvermijdelijk om met open normen te werken. In dat verband doemt als eerste op de bekende rechtspersonenrechtelijke variant van de verbintenissenrechtelijke redelijkheid en billijkheid in art. 2:8 BW. Maar misschien nog wel veel belangrijker is de aan het arrest Doetinchemse IJzergieterij ontleende norm “het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming”.¹ Een instructienorm welke zich aanvankelijk alleen richtte tot de raad van commissarissen van naamloze en besloten vennootschappen en die bij de Wet bestuur en toezicht² – zoals toch al lang en breed werd aangenomen – is uitgebreid tot de bestuurders van die rechtspersonen, art. 2:129 (239) lid 5 BW. Elders heb ik uiteengezet dat we met dat laatste in veel vennootschapsverhoudingen wellicht te ver zijn doorgeschoten.³ Zie bijvoorbeeld ook de kritische *Ars Aequi* annotatie van Raaijmakers bij de Cancun uitspraak.⁴ De realiteit is evenwel dat de instructienorm, in enigszins aangepaste vorm, dreigt te worden uitgebreid tot alle in boek 2 geregelde rechtspersonen, zowel wat betreft hun bestuurders als de interne toezichthouders.⁵

Hoe dat ook zij, over de vraag wat het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming nu precies vergt, lopen de meningen uiteen. De

1 HR 1 april 1949, *NJ* 1949, 465. Dat de met de invoering van de structuurregeling in art. 2:140 (250) BW opgenomen notie “belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming” overigens minder dicht ligt bij HR Doetinchemse IJzergieterij heb ik uiteengezet in mijn opstel *De veranderende rol van de commissaris, in: De veranderende rol van toezichthouders in de financiële sector*, deel 11 Zifo-reeks, Kluwer, Deventer 2014, p. 12 e.v.

2 Wet van 6 juni 2011, Stb. 275.

3 *Privaatrecht Actueel*, WPNR 2013/6982 p. 535.

4 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799 (Cancun), AA juni 2014, p. 459 e.v. m.nt. M.J.G.C. Raaijmakers.

5 Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen waarover uitvoerig H.E. Boschma, M.L. Lennarts, J.N. Schutte-Veenstra en J.B. Wezeman, *Naar een betere regeling van bestuur en toezicht bij verenigingen en stichtingen in de semipublieke sector*, R.M. Themis, 2014-4, p. 159 e.v. Ik verwijs ook naar het – kritischer- commentaar tijdens het ondernemingsrecht diner 2014, waarvan de bijdragen in het Tijdschrift Ondernemingsrecht zullen worden gepubliceerd.

literatuur voorop.⁶ Maar ook de toepassing van de norm in de praktijk zorgt voor de nodige hoofdbrekens getuige de vele geschillen – de laatste jaren ook veel in het kader van de zogeheten enquêteprocedures – binnen en rond kapitaalvennootschappen. Dit is helaas onvermijdelijk, waarmee we ten volle zijn aanbeland bij het paradigma rechtszekerheid/rechtvaardigheid van het symposium van deze middag.

2. De zojuist genoemde open normen in het rechtspersonen-, vennootschaps- en ondernemingsrecht kunnen fungeren als de ankers voor *inzelfallgerechtigheit*, zij het soms ten koste van voorspelbaarheid en daarmee van rechtszekerheid. Op deze plaats wil ik echter wijzen op een andere vorm van rechtsonzekerheid. Het gaat mij deze middag om de kwaliteit van nieuwe wettelijke regelingen die de wetgever – wie de schoen past trekke hem aan – op ons vakgebied het licht doet zien. Dat gaat in het rechtspersonen-, vennootschaps- en ondernemingsrecht vaak niet goed.

Grosso modo kan gesteld worden dat er nieuwe wetgeving wordt ingevoerd om iets nieuws in gang te zetten of te stimuleren (vaak ter uitvoering van Europese regelgeving) of om codificatie van reeds in het rechtsgevoel levend gedachtegoed. Dat zijn op zichzelf respectabele redenen voor de wetgever om de armen uit de mouwen te steken en aan de slag te gaan. Maar soms kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat de roep om nieuwe wetgeving betrokkenen verblindt. Nieuwe wetgeving (het doel) lijkt dan alle middelen te heiligen. Illustratief daarvoor is de manier waarmee wordt omgesprongen met de adviezen en nadere rapporten van de Raad van State over hem toegezonden wetsvoorstellen. Nu kan men dat afdoen als politiek of zelfs hogere politiek. In het rechtspersonen-, vennootschaps- en ondernemingsrecht zien we echter dat het vaak om veel trivialer zaken gaat, zich soms bijna afspelend op de vierkante millimeter. Aangelegenheden die niettemin door, naar het wel lijkt vehemente vasthoudendheid met betrekking tot eenmaal ingenomen standpunten, de rechtspraktijk met allerlei problemen opzadelen. Een van de grootste is wel de door die nieuwe wetgeving veroorzaakte rechtsonzekerheid. De praktijk weet niet waar hij aan toe is. Bijkomend bij de hier bedoelde rechtsonzekerheid is bovendien dat zij – anders dan de eerder genoemde open normen – geen ruimte biedt aan optimale rechtvaardigheid in het concrete geval. Geen *inzelfallgerechtigheit*, maar alleen rechtsonzekerheid. Dat soort slechte wetgeving moeten we niet willen. Ik zal daarvan hierna enkele voorbeelden geven.

3. Eerst maar eens twee voorbeelden van wetgeving waarmee de wetgever nieuwe regels heeft willen creëren:

– Aandeelhoudersinvloed op aangelegenheden van majeure betekenis. Een onderwerp dat bij mijn weten voor het eerst speelde rond de grote reorganisaties in de jaren tachtig van de vorige eeuw (OGEM, Bredero) en een opleving kreeg rond de

⁶ Zie laatstelijk Rinus Mendel en Wilco Oostwouder, Het vennootschappelijk belang na recente uitspraken van de Hoge Raad, NJB 2013/1776, p. 1965 e.v. die een onvoldoende opgemerkte, ingrijpende ontwikkeling op dit punt signaleren. Mijns inziens valt dat allemaal nog wel mee. Zie verder ook de discussie over enlightened shareholder value, onder meer L. Timmerman, Grondslagen van geldend ondernemingsrecht, Ondernemingsrecht 2009/2, p. 5 e.v. en A.F. Verdam, Het vennootschappelijk belang: méér dan “enlightened shareholder value”, Ondernemingsrecht 2013/18, p. 93 e.v.

zogeheten Baggeroorlog.⁷ De kern van het probleem was of diep in de vennootschappelijke organisatie ingrijpende beslissingen door het bestuur dan wel door de aandeelhoudersvergadering dienden te worden genomen. Sommige schrijvers stelden zich op het standpunt dat het nemen van deze beslissingen niet tot het besturen in de zin van art. 2:129 (239) BW behoorden, waarmee ze bij ontbreken van nadere statutaire regelingen op het bordje van de aandeelhoudersvergadering kwamen te liggen op grond van art. 2:107 (217) lid 1 BW. Anderen meenden dat het bestuur ter zake wel bevoegd was, maar dat de aandeelhoudersvergadering de beslissing moest fatteren: een goedkeuringsrecht. Dat tumult heeft uiteindelijk geleid tot ingrijpen van de wetgever.⁸ In het kader van de herziening van de structuurregeling heeft de wetgever voor een goedkeuringsrecht gekozen. Althans voor de naamloze vennootschap. Dat is allemaal te vinden in het in die tijd ingevoerde art. 2:107a BW.⁹ Daar wordt – kort gezegd – bepaald dat aan de goedkeuring van de algemene vergadering zijn onderworpen de besluiten van het bestuur omtrent een belangrijke verandering van de identiteit of het karakter van de vennootschap of de onderneming. In het oorspronkelijke wetsvoorstel was een soortgelijke bepaling voor de besloten vennootschap opgenomen: art. 2:217a.¹⁰ Die bepaling werd geschrapt bij Nota van Wijziging.¹¹ Zulks op suggestie van VNO-NCW. De Nota naar aanleiding van het verslag:

“Aandeelhouders in besloten verhoudingen kunnen desgewenst en naar eigen maatvoering hun positie verzekeren door middel van statutaire bepalingen, eventueel in combinatie met stemovereenkomsten. Daarvoor is een wettelijk goedkeuringsrecht niet nodig. Van een behoefte op dit punt aan een wettelijke regeling is in de praktijk ook niet gebleken.”¹²

Nogal wiedes. Die praktijk ging er immers, zoals wij zagen, van uit dat de aandeelhoudersvergadering ten aanzien van dit soort majeure beslissingen minst genomen een goedkeuringsrecht had, zo al niet moest worden aangenomen dat het überhaupt om een aandeelhoudersaangelegenheid ging. Die notie is – zo laat zich verdedigen – met het zojuist aangehaalde citaat uit de nota van wijzigingen weggevallen, nu daar rechtstreeks in kan worden gelezen dat als aandeelhouders van een besloten vennootschap een goedkeuringsrecht wensen, zij de statuten van de vennootschap daarop moeten in richten. A contrario (juristen zijn zeer sterk in dergelijke redeneringen): als er niets over in de statuten staat heeft de algemene vergadering van aandeelhouders ten aanzien van dit soort beslissingen geen goedkeuringsrecht. Hetgeen betekent dat de wetgever althans met betrekking tot de besloten vennootschap de tot dan toe ontwikkelde praktijk naar de prullenbak verwijst. En dat zonder wetswijziging! Maar het werkt, getuige een vonnis van de

7 HR 21 februari 2003, JOR 2003/57 m.nt. Nieuwe Weme (HBG).

8 Zie W.J.M. van Veen, De wijzigingen in Boek 2 in verband met de aanpassing van de structuurregeling, WPNR 6613 en 6614 (2005), p. 206 e.v.

9 Wet van 9 juli 2004, Stb. 2004, 370.

10 Kamerstukken 28 179, nr. 2.

11 Kamerstukken 28 179, nr. 6.

12 Kamerstukken 28 179, nr. 5, p. 19.

rechtbank Leeuwarden¹³ waarin werd beslist dat het bestuur van een besloten vennootschap gerechtigd was te besluiten tot een materiële liquidatie van de vennootschap zonder goedkeuring van de algemene vergadering van aandeelhouders. Bij de Ondernemingskamer ligt het anders. Geen analoge toepassing van art. 2:107a BW op de besloten vennootschap (zou dat een te grote brusquering van 's wetgever wil zijn?) maar wel wanbeleid wegens miskenning van de regels van corporate governance doordat het bestuur van de vennootschap de (minderheids) aandeelhouder bij een materiële liquidatie van de vennootschap niet op een behoorlijke wijze in de besluitvorming had betrokken.¹⁴ Onzekerheid troef dus. Waarbij men zelfs zou kunnen betogen dat we nu inmiddels tien jaar verder zijn en besloten vennootschappen alle gelegenheid hebben gehad een goedkeuringsrecht in de statuten op te nemen. Als dat niet is gebeurd is verdedigbaar dat de aandeelhouders daar kennelijk geen prijs op stellen.¹⁵

Hoe dit zij, dit alles had kunnen worden voorkomen door een soortgelijk goedkeuringsrecht voor de besloten vennootschap in de wet op te nemen, eventueel onder de toevoeging “tenzij de statuten anders bepalen”.

– Het tweede voorbeeld heeft betrekking op de nieuwe regeling van het tegenstrijdig belang.¹⁶ Daar is veel over geschreven, zowel tijdens als na de parlementaire behandeling. Het belangrijke voordeel van de nieuwe regeling is dat zij de rechtszekerheid vergroot. De rechtspraak van de Hoge Raad op art. 2:146 (256) oud is wel gekarakteriseerd als “sneltrain-rechtspraak (...) met soms een verrassende schakeling op advies van wisselwachter A-G Timmerman”.¹⁷ Maar let op: die rechtszekerheid is niet gecreëerd door de nieuwe regeling zelf, maar door het laten vervallen van de oude vertegenwoordigingsregeling in art. 2:146 (256) BW.

En de nieuwe regeling? Daar is veel kritiek op mogelijk. Ik ga dat nu niet allemaal herhalen. Het belangrijkste lijkt mij dat de wetgever beter voor een governanceregeling dan voor een besluitvormingsregeling had kunnen opteren. De huidige regeling zit conceptueel gebrekkig in elkaar.¹⁸ Waar het mij echter om gaat is dat er zich een mogelijkheid aandient om deze tekortkomingen en daardoor ontstane onduidelijkheden te repareren: het eerder genoemde Voorontwerp Wet bestuur en toezicht rechtspersonen.¹⁹ In de toelichting vindt men echter nog geen begin van gedachtevorming laat staan van enig voornemen in die richting. Ik zou zeggen: Wetgever verdiep u eens in alle commentaren en verwerk die in een voor alle in boek 2 BW geregelde rechtspersonen geldende verbeterde regeling van de tegenstrijdig belang problematiek.

13 Vsr. Rb. Leeuwarden 17 september 2008, Ondernemingsrecht 2009 p. 45 m.nt. A.G.H. Klaassen.

14 OK 9 oktober 2006, JOR 2007/9 m.nt. C. de Groot.

15 Zie mijn RVO (2013) nr. 107. Een argument dat aan kracht wint als de statuten in de periode op andere onderdelen zijn gewijzigd, bijvoorbeeld in het kader van de flexibilisering van het BV-recht.

16 Wet van 6 juni 2011, Stb. 275.

17 Steef M. Bartman in zijn annotatie bij het Ceteco-vonnis, Rb. Utrecht 12 december 2007, LJN BB9709; JOR 2008/10.

18 Verwezen zij verder naar de opmerkingen en verwijzingen in RVO (2013) nr. 108a.

19 Zie voetnoot 5.

4. Dan nu de codificatie van algemeen geaccepteerde opvattingen en/of rechtspraak. Ik pak een belangrijk leerstuk, namelijk dat van de bestuurdersaansprakelijkheid. En wel de zogenaamde interne bestuurdersaansprakelijkheid ex art. 2:9 BW. Lang heeft men gedebatteerd over de vraag waar bestuursverantwoordelijkheid omslaat in bestuurdersaansprakelijkheid. Met de HR arresten Sjardin²⁰ en Levison²¹ werd duidelijk dat de vennootschapsbestuurder, waarvan al veel langer werd aangenomen dat hij onder meer vanwege zijn remuneratie in een arbeidsrechtelijke relatie tot de vennootschap staat,²² steeds meer het arbeidsrecht zou worden ingetrokken. Het ligt in de rede dat zulks eveneens zijn uitwerking zou hebben op het leerstuk van de bestuurdersaansprakelijkheid. En zo is het uiteindelijk ook gelopen. In het arrest Staleman/Van de Ven oordeelde de Hoge Raad dat eerst van bestuurdersaansprakelijkheid kan worden gesproken als er sprake is van ernstige verwijtbaarheid.²³ Dezelfde norm die werd gehanteerd voor werknemers. Zij zijn eerst aansprakelijk voor de in de vervulling van hun dienstbetrekking aan de werkgever toegebrachte schade indien hen, alle omstandigheden in aanmerking genomen, een ernstig verwijt valt te maken.²⁴ Die voor de werknemers door de Hoge Raad geformuleerde normstelling is in 1992 gecodificeerd. Eerst in art. 7A:1639da BW en – na overbrenging van het arbeidsrecht naar boek 7 – in art. 7:661 BW. Echter niet in termen van ernstige verwijtbaarheid, maar als “opzet of bewuste roekeloosheid”. Volgens de toelichting bestaat er geen wezenlijk verschil tussen opzet of bewuste roekeloosheid en ernstige verwijtbaarheid. Ja, als je juristen aan het werk wilt houden moet je vooral op die manier codificeren.

Niet voor niets werd de Hoge Raad enkele jaren later met de vraag naar het verschil tussen deze twee maatstaven geconfronteerd. Dat is handig opgelost door – kort gezegd – te overwegen dat voor zover de bestuurder-werknemer als bestuurder tot schadevergoeding werd aangesproken het probandum ernstige verwijtbaarheid en voor zover hij als werknemer werd aangesproken het probandum opzet of bewuste roekeloosheid inhield.²⁵ Zelf denk ik overigens dat er niet veel licht tussen beide maatstaven zit, zeker nu het in concreto altijd gaat om alle omstandigheden van het geval.²⁶

Niettemin ligt het gevoelig. Tijdens de eerste Zifo-debatmiddag heb ik “for arguments sake” voorgesteld om de hoofdelijke aansprakelijkheid bij ernstige verwijtbaarheid in art. 2:9 BW te verruilen voor opzet of bewuste roekeloosheid. Dat vond onder het gehoor – allen deskundig op het terrein van bestuurdersaansprakelijkheid – geen bijval.²⁷

Hoe dit ook zij, het sinds de wet bestuur en toezicht vigerende art. 2:9 BW beoogt een codificatie te zijn van eerder genoemd arrest Staleman/Van de Ven. Het komt ook een heel eind in de richting. Maar het klopt niet: volgens de tekst treedt

20 HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 375 m.nt. Ma.

21 HR 13 november 1992, NJ 1993, 265 m.nt. PAS.

22 RVO (2013) nr. 112.

23 Ik laat de nuancerings bij een meerhoofdig bestuur nu even buiten beschouwing.

24 HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543 m.nt. PAS (Debrot).

25 HR 10 december 1999, NJ 2000, 6.

26 Rechtspersonen (losbl.) art. 9, aant. 14.6.

27 Zie Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?, deel 1 Zifo-reeks, Kluwer, Deventer, 2011.

onder het huidige art. 2:9 BW eerder hoofdelijke aansprakelijkheid in dan onder het oude art. 2:9 BW. Tegelijkertijd lijken de bestuurders zich gemakkelijker te kunnen disculperen.²⁸ Dit mag dan wel niet de bedoeling zijn, zoals onder meer in WPNR uiteen is gezet door Schild en Timmerman. Maar het staat er wel!²⁹

Inmiddels wordt door de meeste auteurs aanvaard dat het omslagpunt van verantwoordelijkheid naar aansprakelijkheid, de daarvoor vereiste verwijtbaarheid, bij de drie belangrijke vormen van bestuurdersaansprakelijkheid, art. 2:9 BW, art. 2:138 (248) BW en onrechtmatige daad, art. 6:162 BW convergeren, of in elk geval sterk naar elkaar zijn toegegroeid.³⁰ Vanzelfsprekend hoeft de wetgever zich niet in die discussie te mengen. Wel moet ik constateren dat, anders dan met betrekking tot art. 2:9 BW, over de uitleg van het eerste lid van art. 2:138 (248) BW en de daarin uitgeschreven aansprakelijkheidsmaatstaf eigenlijk geen discours bestaat. Kennelijk weet iedereen waar hij of zij aan toe is, waarmee art. 2:138 (248) op dit punt als een goede en praktisch werkbaar bepaling gekwalificeerd kan worden. Ik zou menen dat vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en gelet op alle commentaren op art. 2:9 BW een verstandige wetgever in het belang van alle betrokkenen eieren voor zijn geld kiest en bij een nieuwe redactie van de bepaling aansluiting zoekt bij het eerste lid van art. 2:138 (248) dat sinds 1986 als een duidelijk en betrouwbaar bestuurdersaansprakelijkheidsbaken heeft gefungeerd. Dé gelegenheid daartoe is het voorstel bestuur en toezicht rechtspersonen.³¹

5. Ik rond af. Naar mijn smaak worden we de laatste tien jaar op het terrein van het vennootschapsrecht te vaak geconfronteerd met gebrekkige, inconsistente en/of onvolledige wetteksten. Dat zit zowel in de wetsvoorstellen zelf als de vaak grote hoeveelheid jachtige en bij de verstrijkende actualiteit aansluitende Tweede Kamer amendementen. De verleiding is groot om andere voorbeelden dan de hierboven besproken drie gevallen te noemen. Ik kan echter niet nalaten om op te merken dat de WCO I, II en III plannen van het ministerie van justitie, gelet op de voorontwerpen en de tot dusver verschenen commentaren en consultatie inbreng, niet veel goeds beloven.

Er is voor het Zifo nog veel werk te doen en het is een goede zaak dat Lodewijk van Smeehuijzen, die zo meteen zijn oratie zal uitspreken, daar een bijdrage aan gaat leveren.

²⁸ Zie t.a.p. voetnoot 27, p. 11/12.

²⁹ A.J.P. Schild en L. Timmerman, Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders, WPNR 2014/7011. Ik zal de verdere discussie niet herhalen en verwijs naar mijn korte suggestie in WPNR 2014/7018, de reactie van Assink met opnieuw een kort weerwoord mijnerzijds, WPNR 2014/7026.

³⁰ Zie Rechtspersonen (losbl.) art. 9, aant. 14.6 met daar genoemde literatuur.

³¹ Zie voetnoot 5.

Het sluiten van een advance tax ruling met de Nederlandse belastingdienst: ultieme rechtszekerheid?

*Prof. mr. F.P.G. Pötgens*¹

1. Inleiding

Een ‘advance tax ruling’ (of kortweg: ruling) is door de Staatssecretaris van Financiën omschreven als “een binnen het kader van de belastingwet, jurisprudentie en resoluties door de [...] inspecteur vooraf verstrekte standpuntbepaling betreffende de vaststelling van de gehele winst die in internationaal concernverband wordt behaald met in Nederland verrichte activiteiten”.² Deze rulings worden thans ATR’s (Advance Tax Ruling) en APA’s (Advance Pricing Agreements) genoemd. Een APA geeft in dit verband zekerheid vooraf over de vaststelling van een zakelijke beloning (een at arm’s lengthbeloning) of een methode voor vaststelling van een dergelijke beloning voor grensoverschrijdende transacties tussen gelieerde lichamen en voor vaste inrichtingen van lichamen.³ Een ATR geeft zekerheid vooraf over een voorgenomen transactie of een samenstel van transacties.⁴

Voor de behandeling van APA-/ATR-verzoeken is het APA-/ATR-Team van de Belastingdienst Grote Ondernemingen (kantoor Rotterdam) aangewezen (zie ook paragraaf 4).⁵ Bij dit kantoor is tevens het Aanspreekpunt Buitenlandse Investerings (APBI) gevestigd (zonder dat het onderdeel uitmaakt van het APA-/ATR-Team); het APBI is – binnen het kader van wet, jurisprudentie en beleid – bevoegd tot het maken van afspraken vooraf over de fiscale aspecten van voorgenomen investeringen door een potentiële buitenlandse investeerder.⁶ Het is dan ook in de praktijk (van het internationale belastingrecht) bepaald niet ongebruikelijk dat een concern dat zekere activiteiten in Nederland wil ontwikkelen zich vooraf tot de Nederlandse Belastingdienst wendt om zekerheid te verkrijgen omtrent de wijze

-
- 1 Hoogleraar in het Internationale en Europese Belastingrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en tevens verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel en Ondernemingsrecht (ZIFO) van die zelfde universiteit, alsmede belastingadviseur bij De Brauw Blackstone Westbroek N.V. Bijzondere dank gaat uit naar T.A. Keijzer (verbonden aan De Brauw Blackstone Westbroek N.V.) voor zijn hulp bij de totstandkoming van deze bijdrage.
 - 2 Resolutie van de Staatssecretaris van Financiën van 26 april 1990, nr. CA90/3, V-N 1990, p. 1399, punt. 9 en de Brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer van 17 februari 1995, nr. DB95/761M, V-N 1995, p. 848.
 - 3 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3098, V-N 2014/32.3.
 - 4 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3099, V-N 2014/32.4.
 - 5 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/296, V-N 2014/32.2.
 - 6 Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/296, V-N 2014/32.2.

waarop de Nederlandse activiteiten in de belastingheffing zullen worden betrokken.⁷

De rulingpraktijk vormt wellicht één van de meest gewaardeerde onderdelen van het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat.⁸ Vanwege dit succes mag de Nederlandse rulingpraktijk zich in toenemende mate verheugen in nationale en internationale belangstelling. Als onderdeel van de internationale belangstelling kan de actieve houding van de Europese Commissie met betrekking tot de Nederlandse rulingpraktijk gezien worden, waarop hierna dieper wordt ingegaan (paragraaf 6).

Deze bijdrage maakt een korte tour d' horizon langs de verschillende aspecten van de ruling c.q. de rulingpraktijk. De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Eerst wordt kort het historische kader van de Nederlandse rulingpraktijk beschreven (paragraaf 2). Aansluitend komt het rechtskarakter van de ruling aan bod (paragraaf 3). Vervolgens worden de procedure tot afgifte van een ruling (paragraaf 4) en de mogelijkheden voor rechtsbescherming (paragraaf 5) besproken. Aan het slot van deze bijdrage worden enkele recente Europese en internationale ontwikkelingen geschetst die zich in het kader van de rulingpraktijk hebben voorgedaan (paragraaf 6). Deze bijdrage wordt besloten met een conclusie waarvan een facet is dat onder omstandigheden het doel dat met een ruling beoogd wordt – het verstrekken van rechtszekerheid – onder druk kan komen te staan (paragraaf 7).

2. Historie en achtergrond van de rulingpraktijk

Het huidige Nederlandse rulingsysteem vindt zijn wortels in de periode na de Tweede Wereldoorlog.⁹ De overheid stond in deze periode voor de opgave (de economie van) Nederland opnieuw op te bouwen, terwijl de middelen daartoe onvoldoende voorhanden waren. Zij achtte het daarom vanuit economisch oogpunt van belang de particuliere investeringen te laten toenemen. Niet alleen de binnenlandse investeringen, maar vooral ook de investeringen uit het buitenland dienden derhalve te worden gestimuleerd. Hierbij speelde met name investeringen vanuit de Verenigde Staten een belangrijke rol. Deze buitenlandse investeerders hadden behoefte aan duidelijkheid over de fiscale behandeling van hun investeringen in Nederland. Door het verstrekken van zekerheid vooraf middels rulings werd in deze behoefte aan rechtszekerheid voorzien. Sindsdien heeft de rulingpraktijk een vrij grote vlucht genomen. Immers, ook toen de wederopbouw in de

⁷ Vgl. R.J. Koopman, 'Algemeen Belastingrecht – Fiscaal Commentaar', Kluwer, Deventer, 1999, p. 24.

⁸ L.A. de Bleeck, P.J. van Amersfoort, J. de Bleeck, E.A.G. van der Ouderaa, R.J. Koopman en S.C.W. Douma, 'Algemene wet inzake rijksbelastingen', Kluwer, Deventer, 2013, p. 309 en 310 (hierna: 'De Bleeck c.s.').

⁹ Vgl. O.A. van der Donk, 'Rulings', in: Handboek Internationaal Belastingrecht (red. A.H.M. Daniëls en P.J. Wattel), Delwel, Den Haag, losbladig, Hfst. I.4, para. 1.2 en A.K.H. Klein Sprokkelhorst, 'Overeenkomsten met de fiscus', Fiscale Monografieën, nr. 88, Kluwer, Deventer, 1999, p. 108. Zie voor een lezenswaardig doch beknopt overzicht van de geschiedenis van de rulingpraktijk, L.J.A. Pieterse, 'De fiscale vaststellingsovereenkomst: over simultane rechtstoepassing op het grensgebied van belastingrecht en privaatrecht', MBB 2012/9.

jaren 60 en 70 van de vorige eeuw (grotendeels) was voltooid, bleef de rulingpraktijk in stand en werd zij zelfs uitgebreid.

Het rulingbeleid heeft sinds 1984 ook de belangstelling van de Tweede Kamer en de Vaste Kamercommissie voor Financiën, hetgeen resulteert in een regelmatige rapportage over het aantal afgegeven rulings en ontwikkelingen in het rulingbeleid¹⁰ en in het stellen van diverse Kamervragen. Na aanvankelijk te zijn uitgevoerd door het Ministerie van Financiën, berust de verantwoordelijkheid voor de rulingpraktijk sinds 1991 bij het APA-/ATR-team van de Belastingdienst/Grote Ondernemingen (kantoor Rotterdam); zie nader paragraaf 4.¹¹

Overigens waren tot begin van de jaren 90 van de vorige eeuw de onderwerpen die voor een ruling in aanmerking kwamen in diverse notities vastgelegd.¹² Afwijkingen van de in deze notities beschreven standaardrulings waren tot 17 februari 1995¹³ slechts in zeer beperkte mate mogelijk.¹⁴ Tot die datum kon het rulingbeleid aangemerkt worden als een ‘gesloten systeem’; na die datum is sprake van een ‘open systeem’. De omvorming naar een open systeem is ingegeven door de bevordering van het vestigingsklimaat. Van de omstandigheid dat de rulingsinspector meer vrijheid krijgt voor het maken van voorafgaandelijke afspraken kan, naar wordt aangenomen, een gunstige stimulans op dat vestigingsklimaat uitgaan.¹⁵ De aldus geschapen ruimere mogelijkheden voor internationale concerns om vooraf afspraken te maken met de Nederlandse fiscus bleken een succesvol instrument bij de werving van investeringen in Nederland.¹⁶

Het succes van het Nederlandse rulingbeleid leidde ertoe dat verschillende andere landen, zoals Luxemburg en Zwitserland, een soortgelijk rulingsysteem introduceerden dat inmiddels als gunstiger wordt beschouwd dan het Nederlandse.¹⁷ Bovendien had dat succes tot gevolg dat Nederland in de belangstelling kwam te staan van de EU (vanwege mogelijke staatsteun en schadelijke belastingconcurrentie, zoals gedefinieerd in de *Code of Conduct* tegen *Harmful Tax Competition*) en de OESO (in het kader van diens strijd tegen *Harmful Tax Practices*); zie ook paragraaf 6. Met name in de EU Code of Conduct tegen Harmful Tax Competition (het zogenaamde Primarolo-rapport) werd een aantal (standaard)rulings als schadelijke belastingconcurrentie aangemerkt, hetgeen er mede toe geleid heeft dat het

¹⁰ Van der Donk, t.a.p., para. 1.4.

¹¹ Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3099, V-N 2014/32.4. Vgl. ook van der Donk, t.a.p., para. 1.2.

¹² Vgl. Bijlage 1 bij het Verslag van de Algemene Rekenkamer over 1989, Kamerstukken II, 1990/91, 21 481, nr. 40 en de Brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer van 17 februari 1995, nr. DB95/761M, V-N 1995, p. 848. Vgl. tevens De Bleeck c.s., t.a.p., p. 309.

¹³ Zie verder de Notitie ‘Hoofddlijnen van het rulingbeleid’ van 17 februari 1995, nr. DB95/761M, V-N 1995, p. 848 die als bijlage B is gevoegd bij de Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 17 februari 1995, nr. DB95/761M.

¹⁴ De Bleeck c.s., t.a.p., p. 309.

¹⁵ Brief van de Staatssecretaris van Financiën aan de Tweede Kamer van 17 februari 1995, nr. DB95/761M, V-N 1995, p. 848.

¹⁶ De Bleeck c.s., t.a.p., p. 310.

¹⁷ G.H. de Soeten, ‘Het Nederlandse fiscale vestigingsklimaat: illusie en desillusie?’, WFR 2005/48, onderdeel 4.

liberale rulingbeleid is omgevormd (in 2001) naar het aanmerkelijk restrictievere en thans geldende APA-/ATR-beleid (zie ook paragraaf 1).¹⁸ Daarenboven heeft de Staatssecretaris van Financiën aangegeven dat geen zekerheid vooraf (advance ruling) wordt gegeven indien dit in strijd komt met de goede trouw die jegens verdragspartners en/of in internationaal verband verschuldigd is (zogenaamde fiscale grensverkenning).¹⁹

3. Het rechtskarakter van de ruling

3.1. Algemeen

De ruling is een vertrouwelijke afspraak tussen de Belastingdienst en de belastingplichtige.²⁰ In de loop der tijd is er een verschuiving vast te stellen in de wijze waarop rulings worden gekarakteriseerd. Aanvankelijk (en met name door de Staatssecretaris van Financiën) werd een ruling in alle gevallen beschouwd als een eenzijdige standpuntinname (toezegging) vanwege de Belastingdienst.²¹ In die opvatting werd slechts de Belastingdienst – en niet tevens de belastingplichtige – door de ruling gebonden.²² Dit bood met name de belastingplichtige de nodige flexibiliteit aangezien hij enerzijds het standpunt kon innemen dat hij niet gebonden was door de ruling en eenzijdig kon verzoeken om een strikte toepassing van de wet indien dat voor hem achteraf gunstiger bleek te zijn (zelfs indien de ruling in een concreet geval was afgegeven door akkoord te gaan met een door de betrokken belastingplichtige ingenomen standpunt).²³ Anderzijds en afgezien van de hierna te noemen karakterisering als vaststellingsovereenkomst kan de betreffende belastingplichtige, althans zo kan worden betoogd, de inspecteur op grond van het vertrouwensbeginsel aan zijn standpuntbepaling houden.²⁴

3.2. Vaststellingsovereenkomst

Thans worden rulings veelal gegoten in de vorm van vaststellingsovereenkomsten conform artikel 7:900 BW. Gebaseerd op deze bepaling omschrijft de Hoge Raad²⁵

18 Dit beleid is neergelegd in de Besluiten van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014 die zijn opgenomen in een speciaal nummer van Vakstudie Nieuws (V-N 2014/32). Vgl. tevens De Bleeck c.s., t.a.p., p. 310.

19 Vgl. het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 18 december 2013, BLK2013/995M, V-N 2014/2.2. Zie verder F.J. Snel, 'What Is Wrong with (The Rules of) the Game?', Intertax 2014, nr. 1, p. 24. Voor de dienstverleningslichamen die zekerheid vooraf wensen, is een vergelijkbare opmerking gemaakt in het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB2014/3101, V-N 2014/32.5.

20 Op grond van artikel 67 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen (hierna: 'AWR').

21 Vgl. het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 1 december 1997, nr. AFZ97/2412, V-N 1997, p. 4702.

22 De betreffende opvatting is overigens uitdrukkelijk van de hand gewezen door Rechtbank 's-Gravenhage, 11 mei 2011, NTFR 2011/2501.

23 Zie ook M.J. Hamer, *Cursus Belastingrecht (Formeel Belastingrecht)*, Kluwer, digitaal, Hfst. 4, para. 4.3.4.F.c.

24 Hamer, t.a.p., para. 4.4.4.F.c. Vgl. ook De Bleeck c.s., p. 310 en H.B. Hieltes, 'De betekenis van het materiële beschikkingsbegrip voor het belastingrecht: onverwachte gevolgen?', WFR 1993/6067, p. 1246.

25 HR 25 november 1992, BNB 1993/63 (het toiletjuffrouw arrest). Vgl. ook P.G.M. Jansen, 'Artikel 900 BW Boek 7 Begripsbepalingen – De vaststellingsovereenkomst', in: *Nederlandse Documentatie Fiscaal Recht*, SDU, Digitaal, para. 1.1.

een vaststellingsovereenkomst als een overeenkomst die een inspecteur en een belastingplichtige gesloten hebben waarbij zij ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of een geschil omtrent hetgeen tussen partijen geldt, een vaststelling aanvaarden, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken. Een vaststellingsovereenkomst strekt er derhalve toe een tussen partijen bestaand geschil of bestaande onzekerheid te beëindigen of een dreigend geschil of dreigende onzekerheid te voorkomen.²⁶ In weerwil van de eerder gedane uitspraak van de Staatssecretaris van Financiën waarin hij een ruling het predicaat toezegging geeft,²⁷ merkt hij in het kader van de invoering en uitwerking van het (nieuwe) APA-/ATR-beleid een APA of een ATR uitdrukkelijk aan als een vaststellingsovereenkomst.²⁸ Een vaststellingsovereenkomst bindt beide partijen, ook als zij niet uitdrukkelijk afzien van rechtsmiddelen, als de inhoud van hetgeen is overeengekomen dat maar inhoudt.²⁹

De Blieck c.s. merken op dat een ruling zich soms zal beperken tot een eenzijdige standpuntbepaling van de inspecteur met betrekking tot de voorgelegde feiten. In veel gevallen zal het, aldus De Blieck c.s., daar niet bij blijven en vormen de toekomstige feiten en de toepassing van het recht daarop het voorwerp van overleg tussen de belastingplichtige en de inspecteur.³⁰ Gelet op de ruime inhoud van het begrip vaststellingsovereenkomst, zo betogen De Blieck c.s., kan het resultaat van dat overleg het karakter van een vaststellingsovereenkomst hebben ongeacht de benaming van dat resultaat.³¹ De visie van De Blieck c.s. lijkt te worden onderschreven door de jurisprudentie.³² In HR 7 mei 1997, BNB 1997/221 noemde de Hoge Raad een regeling die duidelijk het karakter van een ruling had een vaststellingsovereenkomst. Het betrof hier overigens een ruling (een standaard vaste inrichting/financieringsruling) die was gesloten voor introductie van het (hernieuwde) APA-/ATR-beleid (voor het eerst in 2001). Zij werd zodoende geregardeerd werd door de aanvankelijk door de Staatssecretaris van Financiën geponeerde visie die inhield dat een ruling een eenzijdige toezegging vanwege de fiscus was. Overigens wordt in de literatuur betwijfeld of aan BNB 1997/221 verstrekende gevolgen kunnen worden verbonden.³³ In een aantal andere arresten

26 Jansen, t.a.p., para. 1.1. en R.E.C.M. Niessen en L.J.A. Pieterse, 'De vaststellingsovereenkomst; een compositie', NTFR Beschouwingen 2007/31.

27 Zie hierover ook P.J. Wattel, 'Is een ruling een vaststellingsovereenkomst?' in: *Liberale Gifte* (Grapperhaus-bundel), Kluwer, Deventer, 1997, p. 382 e.v.

28 Zie voor de APA, het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3098, V-N 2014/32.3, punt 9 en voor de ATR, het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3099, V-N 2014/32.4, punt 7.

29 Fiscale Encyclopedie De Vakstudie, 'Algemene wet inzake rijksbelastingen', Kluwer, digitaal, artikel 26, aant. 6.1.2.

30 De Blieck c.s., t.a.p., p. 310. Zie ook Jansen, t.a.p., para. 5.3.1.

31 De Blieck c.s., t.a.p., p. 310 en 311.

32 Vgl. P.J. Huisman, 'De bevoegdhedenovereenkomst – De overeenkomst over het gebruik van een publiekrechtelijke bevoegdheid' (dissertatie VU), Boom Juridische Uitgevers, Den Haag, 2012, p. 327.

33 Zie De Blieck c.s., t.a.p., p. 311; Wattel, t.a.p., p. 388 e.v.; van der Donk, t.a.p., para. 3.1 en M.C.W. Feteris, 'Formeel Belastingrecht', Fiscale Handboeken, Kluwer, Deventer, 2007, p. 533. Vgl. tevens Huisman, t.a.p., p. 327. Er wordt met name op gewezen dat het rechtskarakter van de ruling in BNB 1997/221 niet aan de orde was en dat de Hoge Raad de kwalificatie als vaststellingsovereenkomst in het geheel niet motiveerde.

merkt de Hoge Raad eveneens de aan hem voorgelegde rulings aan als een vaststellingsovereenkomst of als een afspraak, zonder dit nader te motiveren.³⁴

3.3. *Akkoordverklaring*

De figuur van de vaststellingsovereenkomst dient, gezien vanuit rechtssystematisch oogpunt, onderscheiden te worden van de toezegging en de akkoordverklaring.³⁵ Bij een akkoordverklaring door de belastingplichtige verklaart hij zich aan het standpunt van de inspecteur te zullen houden. Een belastingplichtige is op zich niet gebonden aan een akkoordverklaring.³⁶ Dit wordt anders indien zij onderdeel uitmaakt van een vaststellingsovereenkomst³⁷ of wanneer de belastingplichtige bij de akkoordverklaring uitdrukkelijk afstand heeft gedaan van zijn recht op bezwaar en beroep.³⁸ Er is in dat laatste geval (gebondenheid aan akkoordverklaring af te zien van bezwaar en beroep) desondanks geen sprake van een vaststellingsovereenkomst omdat deze rechtshandeling niet de strekking heeft een einde te maken aan een tussen partijen bestaande (dreigende) onzekerheid of geschil.³⁹ Een enkele akkoordverklaring brengt dus niet een vaststellingsovereenkomst tot stand, al is de grens tussen beiden niet altijd eenvoudig te trekken.⁴⁰ Indien bij een ruling sprake is van een vaststellingsovereenkomst zijn beide partijen in beginsel aan de afgegeven ruling gebonden.⁴¹ Over het algemeen wordt aangenomen dat, gezien de bij de ruling betrokken partijen, zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke normen op (de inhoud van) de vaststellingsovereenkomst van toepassing zijn.⁴²

3.4. *Contra legem*

Een ruling valt volgens de Staatssecretaris van Financiën altijd binnen de geldende kaders van wet- en regelgeving en jurisprudentie, ook in internationaal verband.⁴³ Als zodanig zou het afgeven van een ruling door de Belastingdienst dus geen

34 Zie ook HR 10 november 1999, BNB 2001/140 (over een ruling m.b.t. de deelnemingsvrijstelling) en HR 16 december 2005, BNB 2006/177 (over een financieringsruling). Gerechtshof Arnhem 10 september 2004, gepubliceerd onder BNB 2006/177 en in V-N 2004/67, formuleerde wel een criterium, nl. of de betrokken partijen beoogden zich over en weer vast te leggen m.b.t. de fiscale gevolgen. Vgl. Feteris, t.a.p., p. 533 en Huisman, t.a.p., p. 327 en 328. Zie ook Hamer, t.a.p., para. 4.3.4.F.b. en Jansen, t.a.p., para. 5.3.1. Klein Sprokkelhorst, t.a.p., p. 110 en 111 is overigens een andere mening toegedaan.

35 Zie Pieterse, t.a.p.; Huisman, t.a.p., p. 329 en Jansen, t.a.p., para. 1.2.

36 HR 18 december 1991, BNB 1992/133 en HR 27 mei 1992, BNB 1992/302.

37 Gerechtshof 's-Gravenhage 24 september 2013, V-N 2014/16.15.

38 HR 18 december 1991, BNB 1992/133.

39 Vgl. Jansen, t.a.p., para. 1.2 en A-G Wattel, conclusie van 14 september 2010, V-N 2010/55.3, onderdeel 9.

40 Huisman, t.a.p., p. 329.

41 Vgl. ook HR 31 oktober 1973, BNB 1973/254.

42 Huisman, t.a.p., p. 330 e.v. en Feteris, t.a.p., p. 534.

43 Vergelijk de Staatssecretaris van Financiën in antwoord op Kamervragen van het lid Braakman, 30 mei 2011, nr. DGB2011/2026U, V-N 2011/29.2. Zie verder de Notitie 'Hoofdlijnen van het rulingbeleid' van 17 februari 1995, nr. DB95/761M, V-N 1995, p. 848 die als bijlage B is gevoegd bij de Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 17 februari 1995, nr. DB95/761M en de Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 18 februari 2014, nr. AFP2014/127, V-N 2014/12.3. In dat verband wordt overigens geen onderscheid gemaakt tussen standaardrulings en rulings op maat; vgl. Hamer, t.a.p., para. 4.3.4.F.a.

invloed (mogen) hebben op de hoogte van het door de belastingplichtige verschuldigde belastingbedrag. De ruling zou slechts strekken tot het verstrekken van zekerheid aan de belastingplichtige. Vanuit dat perspectief zou zich een *contra legem* ruling niet kunnen voordoen.⁴⁴ Echter, uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden afgeleid dat indien de ruling als een vaststellingsovereenkomst kan worden aangemerkt de fiscus (maar ook de belastingplichtige)⁴⁵ hieraan gebonden is indien zij *contra legem* is, tenzij de overeenkomst zozeer in strijd is met hetgeen de wet – over het geheel bezien – terzake bepaalt dat op nakoming niet mocht worden gerekend. Deze maatstaf berust op artikel 3:40, lid 1, BW en verschaft belastingplichtigen en de fiscus een zekere marge om afspraken te maken.⁴⁶

4. Afgifte van een ruling

Het verzoek tot het afgeven van een ruling dat tot de Belastingdienst dient te worden gericht, is vrij gedetailleerd.⁴⁷ Het omvat, onder andere, een overzicht van de betrokken partijen, de voorgenomen rechtshandelingen, de wereldwijde organisatiestructuur, de relevante feiten en een beoogde geldingstermijn. Verder dient opgemerkt te worden dat de door de Belastingdienst afgegeven ruling alleen geldt indien en voor zover er geen wijziging optreedt in dat onderliggende feitencomplex. Treedt hierin wel een wijziging op, dan volgt een herbeoordeling van de situatie door de Belastingdienst. Na enige tijd – gebruikelijk is een periode van ongeveer 5 jaar; dit kan anders zijn in geval van langlopende contracten – volgt altijd een herbeoordeling van de situatie.

Het is de afgelopen tijd – in het kader van het maatschappelijk debat omtrent de veronderstelde belastingontwijking door multinationals – met enige regelmaat voorgekomen dat door leden van de Tweede Kamer vragen werden gesteld over de afspraken die door de Belastingdienst met belastingplichtigen zouden zijn gemaakt. Het – vaste – antwoord van de Staatssecretaris van Financiën luidde en

44 Vgl. E. Kruidenier, 'Advance rulings –Netherlands', in: Cahiers de droit fiscal international, IFA, Volume LXXXIVb, Kluwer Law International, Den Haag, Londen, Boston, 1999, p. 519 die het volgende stelt: 'A ruling cannot be *contra legem*...'. Volgens Hamer, t.a.p., para. 4.3.4.F.a. zou de belastingplichtige op grond van het eerder genoemde en het vaste – expliciet door de Belastingdienst uitgesproken – standpunt dat rulings slechts worden 'afgegeven' indien zij passen binnen de context van de wet en de jurisprudentie, erop mogen vertrouwen dat de inspecteur met de aan hem afgegeven ruling heeft beoogd om binnen het kader van de wet en de jurisprudentie te blijven. Alsdan zou het dus vrijwel onmogelijk zijn, aldus Hamer, om de belastingplichtige die een beroep doet op de toepassing van de ruling tegen te werpen dat zij zo zeer in strijd is met wet en jurisprudentie dat in redelijkheid niet op nakoming mag worden gerekend. Een beroep op het vertrouwensbeginsel zal daarom in de visie van Hamer (vrijwel) steeds slagen indien de inspecteur zich niet houdt aan de ruling. Uiteraard geldt dit alleen indien de belastingplichtige aan de inspecteur de juiste en volledige informatie heeft verstrekt; zie ook HR 13 augustus 2010, V-N 2010/52.7.

45 Vgl. Gerechtshof 's-Gravenhage 19 juni 2012, V-N 2012/51.2.1.

46 Hoge Raad 9 december 2005, BNB 2006/201. In BNB 2006/201 wordt overigens verwezen naar HR 7 mei 1997, BNB 1997/221. Zie verder HR 11 juli 2008, BNB 2008/284. Vgl. ook Huisman, t.a.p., p. 344 e.v.

47 Zie omtrent de voorwaarden waaronder een APA wordt verleend, het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3098, V-N 2014/32.3 en voor de voorwaarden waaronder een ATR wordt toegestaan, het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3099, V-N 2014/32.4.

luit in dergelijke gevallen dat door hem niet wordt ingegaan op de positie van individuele belastingplichtigen.⁴⁸

De procedure die van toepassing is op het verlenen van een ruling is voor ATR's neergelegd in het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, V-N 2014/32.4.⁴⁹ Ingevolge dat Besluit dient het verzoek tot afgifte van een ruling gericht te worden tot de competente inspecteur.⁵⁰ Hij dient zich, ter waarborging van de eenheid van uitvoering, in een groter aantal gevallen dan voorheen (acht versus drie) te wenden tot het APA-/ATR-team van de Belastingdienst/Grote Ondernemingen (kantoor Rotterdam) voor bindend advies.⁵¹ Inzake houdster-vennootschappen heeft als gevolg van het Besluit te gelden dat voortaan slechts zekerheid vooraf wordt verleend indien wordt voldaan aan (i) de in de bijlage bij het Besluit genoemde eisen van reële aanwezigheid die de nodige affiniteit vertonen met artikel 3a, lid 7, van het Uitvoeringsbesluit bij de Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (hierna: "Uitv. besl. IBB") zoals dat voor de hierna te noemen dienstverleningslichamen geldt,⁵² (ii) de groep operationele activiteiten heeft in Nederland of (iii) concrete plannen heeft hier tot operationele activiteiten te komen.⁵³

Artikel 8, lid 5, Wet op de internationale bijstandsverlening bij de heffing van belastingen (hierna: 'WIB') juncto artikel 3a Uitv. besl. IBB leggen aan dienstverleningslichamen substance-voorwaarden op.⁵⁴ In navolging hiervan heeft ook voor wat betreft het verstrekken van ATR's specifiek aan dienstverleningslichamen recentelijk een hernieuwing van het beleid plaatsgevonden.⁵⁵

48 Vergelijk de Staatssecretaris van Financiën in antwoord op Kamervragen van het lid Braakman, 30 mei 2011, nr. DGB2011/2026U, V-N 2011/29.2 en de Staatssecretaris van Financiën in antwoord op Kamervragen van het lid Groot, 9 oktober 2013, nr. DGB/2013/5139U, V-N 2013/51.4.

49 Dit Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3099, V-N 2014/32.4 houdt overigens een gedeeltelijke wijziging in ten opzichte van het daarvoor gehanteerde beleid.

50 Het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3099, V-N 2014/32.4, punt 2.

51 Het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3099, V-N 2014/32.4, punt 3 en aant. Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2014/32.4.

52 In de brief van 30 augustus 2013, Kamerstukken II 2012/13, 25 870, nr. 60 had de Staatssecretaris van Financiën al aangegeven dat het APA-/ATR-team verzoeken om een ruling voor een houdstermaatschappij alleen in behandeling zal nemen wanneer het concern waarbinnen deze vennootschappen opereren voldoende band heeft met Nederland; vgl. ook M.M. Wieringa en A.J. Secker, 'Inhoudingsplicht voor coöperaties – een nadere analyse', WFR 2014/221, onderdeel 2.2.2. Van 'voldoende band' is sprake indien het concern een reële aanwezigheid heeft in Nederland ten tijde van het verzoek of het voornemen heeft haar te gaan realiseren. Van reële aanwezigheid kan, bijvoorbeeld, worden gesproken wanneer is voldaan aan de eisen die gelden voor dienstverleningslichamen; zie ook N. E. Vis, 'Informatieverplichtingen voor dienstverleningslichamen. Oude wijn in nieuwe zakken?', MBB 2014, nr. 3, p. 97.

53 Het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3099, V-N 2014/32.4, punt 8. Vergelijk tevens aantekening Redactie Vakstudie-Nieuws, V-N 2014/32.4.

54 Een definitie van dienstverleningslichamen is opgenomen in artikel 3a, lid 1, Uitv. besl. IBB. Een en ander is aangekondigd in de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 30 augustus 2013, Kamerstukken II 2012/13, 25 870, nr. 60 en nader uitgewerkt in Wetsvoorstel, Overige fiscale maatregelen 2014, Kamerstukken II 2013/14, 33 753. Zie in dit verband ook het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB 2014/3101, V-N 2014/32.5.

55 Het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 3 juni 2014, nr. DGB2014/3101, V-N 2014/32.5.

5. Rechtsbescherming

Het is denkbaar dat één van beide partijen de vaststellingsovereenkomst tussentijds wil opzeggen. Ook is het mogelijk dat tussen partijen een verschil van mening ontstaat inzake de uitlegging van de overeenkomst. In dergelijke gevallen komt het voor wat de attractiviteit van rulings betreft in belangrijke mate aan op de mate van rechtsbescherming die aan de belastingplichtige wordt geboden. Het is vooral op het punt van rechtsbescherming dat het ‘duale karakter’ van de ruling duidelijk wordt. Dit karakter uit zich enerzijds in het van toepassing zijn van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel, en anderzijds in het feit dat de reguliere wegen om een overeenkomst te beëindigen in zoverre ook hebben te gelden als mogelijkheid voor het beëindigen van de fiscale vaststellingsovereenkomst.

Indien niet ter discussie staat dat een ruling als een vaststellingsovereenkomst dient te worden aangemerkt, dan zou na het sluiten daarvan derhalve en zoals hiervoor aangegeven, de vraag kunnen opkomen of zij kan worden opgezegd c.q. beëindigd. Hierbij dient een onderscheid te worden gemaakt tussen een voor bepaalde en voor onbepaalde tijd gesloten vaststellingsovereenkomst. Indien de betreffende overeenkomst daarover geen duidelijkheid verschaft, acht de Hoge Raad het onder omstandigheden op grond van de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid in de zin van artikel 6:248, lid 1, BW mogelijk dat een voor onbepaalde tijd gesloten overeenkomst door één van de partijen wordt opgezegd.⁵⁶ Opzeggen is dan alleen toegestaan als er geen minder ingrijpende oplossing voorhanden is; de termijn waarop en de voorwaarden waaronder de opzegging plaatsvindt moeten met het oog op de belangen van beide partijen redelijk zijn.⁵⁷ Is de overeenkomst voor bepaalde tijd aangegaan en voorziet de overeenkomst zelf niet in opzegging daarvan, dan is een dergelijke opzegging in beginsel niet mogelijk.⁵⁸

6. Internationale en Europese ontwikkelingen

6.1. OESO

Reeds in mei 1996 heeft de OESO een proces in gang gezet dat gericht was op het bestrijden van schadelijke belastingconcurrentie. Of sprake is van schadelijke belastingconcurrentie wordt besproken in het *Forum on Harmful Tax Practices* (een suborgaan van het OESO *Committee on Fiscal Affairs*). Volgens de door de

⁵⁶ HR 3 december 1999, NJ 2000/120 (Maison Louis Latour/De Bruijn Wijnkopers). Vgl. ook Feteris, t.a.p., p. 549 en Jansen, t.a.p., para. 3.3.

⁵⁷ Vgl. HR 16 december 1977, NJ 1978, 156 (Ziekenfonds/X) en Feteris, t.a.p., p. 549.

⁵⁸ In HR 21 oktober 1988, NJ 1990, 439 (Mondia/Calanda) stelt de Hoge Raad overigens dat hij opzegging niet geheel uitgesloten acht in geval van onvoorziene omstandigheden die niet voor rekening van de opzeggende partij komen. Mede op grond van HR 4 januari 1963, NJ 1964, 204 (Landsmeer) erkent de HR ook wanneer de overheid contractspartij is onder omstandigheden de mogelijkheid dat zij een overeenkomst opzegt uit overwegingen van algemeen belang en dan in plaats van nakoming gehouden kan zijn tot schadevergoeding. Een dergelijke situatie zal zich bij fiscaal getinte vaststellingsovereenkomsten overigens niet snel voordoen; vgl. Feteris, t.a.p., p. 549.

OESO ontwikkelde criteria is sprake van een schadelijke maatregel indien tenminste aan één van de volgende criteria is voldaan:

1. ring-fencing (binnenlandse belastingplichtigen worden uitgesloten van een concurrerend regime of ondernemingen die opereren op de binnenlandse markt worden hiervan expliciet uitgesloten);
2. gebrek aan transparantie door de wijze van opbouw en het beheer van het systeem, bijvoorbeeld door begunstigende administratieve rulings waardoor een bepaalde sector profiteert van lagere tarieven dan een andere sector;
3. gebrek aan feitelijke uitwisseling van informatie over belastingplichtigen die gebruik maken van het begunstigende regime.⁵⁹

Bij de toelichting op ad. 3 noemde de OESO expliciet dat een rulingsysteem enkel is toegestaan mits het past binnen het wettelijke kader en het effect van wetten niet wegneemt; de rulingcriteria dienen gepubliceerd te worden en beschikbaar te zijn voor alle belastingplichtigen zonder discriminerend te zijn.⁶⁰ In 1998 wordt het eerste rapport over de door de OESO gekozen aanpak gepubliceerd.⁶¹ In 2000 werd door de OESO een viertal Nederlandse regimes als schadelijk aangemerkt. Het betrof de volgende rulings:

- financierings-vaste-inrichtingruling;
- informeel-kapitaalruling;
- costplusruling; en
- het concernfinancieringsregime (de daarop betrekking hebbende ruling).

Overigens is de OESO met zijn rapport *Addressing Base Erosion and Profit Shifting* en het *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (hierna: “BEPS-project”) actief om wat gezien wordt als agressieve tax planning door met name multinationale ondernemingen tegen te gaan.⁶² Het OESO-rapport dat een Action Plan formuleert met betrekking tot *base erosion and profit shifting* (Action nr. 5) vermeldt dat nagegaan moet worden hoe het ‘harmful’ gebruik van preferentiële regimes effectief kan worden teruggedrongen (in feite het hernemen van het OESO-rapport ‘Harmful Tax Competition 1998’)⁶³ Inmiddels is de zogenaamde ‘Action 5: 2014 Deliverable’ bekendgemaakt waarin een verplichte uitwisseling van rulings inzake preferentiële regimes is opgenomen. Daarnaast wordt in Action 5 ingezet op de totstandkoming van een substance-criterium voor preferentiële regimes die

59 Vgl. I.J.J. Burgers, ‘Wegwijs in het Internationale en Europese Belastingrecht’, Wegwijs Reeks nr. 7, SDU, Den Haag, 2013, Hfst. 12, onderdeel 12.3.

60 Burgers, t.a.p., onderdeel 12.3.

61 OESO, ‘Report on Harmful Tax Competition – An Emerging Global Issue’, OESO, Parijs, 1998.

62 Voor een overzicht van BEPS, zie F.A. Engelen en A.G. Gunn, ‘Het BEPS-project: een inleiding’, WFR 2013/1413; Kavelaars, t.a.p., TFO 2014/131.3, onderdeel 3; S. van Weeghel en F. Emmerink, ‘Developments and Trends in International Anti-Avoidance’, Bulletin for International Taxation, 2013, nr. 8, p. 431 e.v.; P. Essers, ‘International Tax Justice between Machiavelli and Habermas’, Bulletin for International Taxation, 2014, nr. 2, p. 55 e.v.; J. Kruithof, ‘Strategieën tegen belastingontwijking door multinationals’, WFR 2013/1418 en Brauner, t.a.p.

63 Er kunnen overigens vraagtekens worden gezet of dit hernemen daadwerkelijk tot resultaten zal leiden; vgl. Y. Brauner, ‘BEPS: An Interim Evaluation’, World Tax Journal, 2014 (februari), p. 25 en 26; P. Kavelaars, ‘Afbouw van belastingontwijking’, TFO 2014/131.3, onderdeel 3, sub. 4 en R. Altshuler, ‘Inter-Nation Competitiveness: A Discussion Paper on Base Erosion and Profit Shifting’, European Taxation 2014, nr. 6/7, p. 361.

betrekking hebben op mobiel kapitaal.⁶⁴ Het is niet duidelijk hoe een en ander zich verhoudt tot de recentelijk gewijzigde voorwaarden (zowel op materieel als op formeel vlak) voor afgifte van een ruling, zoals besproken in paragraaf 4. Niet uit te sluiten valt dat een en ander, indien daadwerkelijk geïmplementeerd, ook repercussies zal hebben voor de rulingpraktijk.

6.2. EU

6.2.1. Code of Conduct

De inspanningen van de Europese Unie zijn van tweeërlei aard. In 1997 besloot de Raad dat een Code of Conduct moest worden opgesteld die beoogde te voorkomen dat lidstaten fiscale faciliteiten in het leven zouden roepen die de keuze van bedrijven voor de plaats van hun activiteiten beïnvloedt.⁶⁵ Vervolgens heeft de Europese Commissie een Comité (de Code of Conduct Groep) onder leiding van Dawn Primarolo opdracht gegeven onderzoek te doen naar schadelijke belastingconcurrentie en toe te zien op naleving van de Gedragscode inzake de belastingregeling voor ondernemingen.⁶⁶ Hierbij dient in ogenschouw te worden genomen dat de Code of Conduct een politieke verbintenis is waarbij de code en de werkzaamheden van de Code of Conduct Groep geen Unierecht vormen; zij zijn evenmin rechtens afdwingbaar. In 1999 merkte het Primarolo-Comité 66 belastingregimes van EU-lidstaten als ‘schadelijk’ aan.⁶⁷ In een dergelijk geval wordt de lidstaten verzocht de schadelijk bevonden maatregelen terug te draaien (*rollback*). Voorts wordt de lidstaten gevraagd geen nieuwe schadelijke belastingregimes in te voeren (*standstill*).⁶⁸ Naast de reeds door de OESO als schadelijk aangemerkte rulings, viel ook de volgende standaardrulings een zodanige kwalificatie ten deel:

- resale-minusruling;
- US Foreign Sales Companies-ruling;
- houdstermaatschappijenruling;
- royalty’s-ruling;

Het initiatief van de OESO (paragraaf 6.1) en de ontwikkelingen omtrent de Code of Conduct hebben er overigens in geresulteerd dat in 2001 wijzigingen zijn

⁶⁴ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, ‘Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance’, OESO, 2014 (gepubliceerd op 16 september 2014), p. 35 e.v. en de Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 16 september 2014, nr. IZV/2014/439 M2, p. 5, V-N 2014/47.8

⁶⁵ Resolutie van de Raad en de vertegenwoordigers van de Regeringen der lidstaten, in het kader van de Raad bijeen, betreffende een Gedragscode inzake de belastingregeling voor ondernemingen van 1 december 1997.

⁶⁶ De criteria voor het beoordelen van de belastingregimes van EU-lidstaten zijn ruwweg gelijk aan die van de OESO. De Gedragscodegroep onderzoekt echter niet zozeer of een regime gericht is op het aantrekken van mobiel kapitaal, maar of het van invloed is op de locatie van economische activiteiten.

⁶⁷ Nederland (weliswaar inclusief de toenmalige Antillen) kreeg in 1999 de ‘eer’ toebedeeld de ranglijst van lidstaten met de meeste schadelijke belastingmaatregimes aan te voeren.

⁶⁸ M.F. Nouwen, ‘De strijd tegen schadelijke belastingconcurrentie in de Europese Unie is weer losgebarsten: een tussenbalans’, WFR 2012/6971.

aangebracht in het rulingbeleid, wat heeft geresulteerd in het huidige APA-/ATR-beleid.

6.2.2. Actieplan tegen agressieve tax planning

De Europese Commissie⁶⁹ heeft een actieplan het licht doen zien teneinde agressieve fiscale planning tegen te gaan⁷⁰ waarbij de nadruk ligt op de versterking van de administratieve samenwerking, maar waarbij zij ook een wettelijke regeling wil voorstellen die kwalificatieverschillen wegneemt en daarenboven wil zij de anti-misbruikbepalingen in de richtlijnen op het terrein van de directe belastingen uitbreiden.⁷¹ De mededeling van de Commissie waarin het actieplan is opgenomen, is gepaard gegaan met een tweetal aanbevelingen met betrekking tot (i) het tegengaan van agressieve tax planning⁷² en (ii) het tot stand brengen van een minimumstandaard voor good tax governance.⁷³

In het kader van het tegengaan van agressieve tax planning wil de Europese Commissie een revival bewerkstelligen van de Code of Conduct (paragraaf 6.2.1). Zij roept nu op de fiscale systemen van de lidstaten te herbeoordelen op mogelijke verboden 'staatssteunachtige' regelingen. Dit moet echter gebeuren door de lidstaten zelf en kan niet door de Europese Commissie worden opgepakt, omdat het buiten haar competentie ligt (het betreft immers een beleidsafpraak van de Raad van Ministers).⁷⁴ De nationale regimes waar door de Europese Commissie bij dit actiepunt met name op wordt gewezen zijn fiscale faciliteiten voor vermogenden en voor uitgezonden werknemers, maar dit is zeker niet limitatief bedoeld.⁷⁵ Hoewel de Europese Commissie zich dus kennelijk niet primair op maatregelen in de ondernemings sfeer richt, kan niet worden uitgesloten dat de Nederlandse ruling-praktijk in dit verband wordt herbeoordeeld.

69 European Commission, Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, 'An action plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion', COM (2012) 722 final.

70 Zie voor een bespreking hiervan P. Kavelaars, 'De EU en de OESO: ten strijde tegen belastingontwijking I', NTFR Beschouwingen 2013/19; R.A. de Boer en M.F. Nouwen, 'Europees geschut tegen belastingparadijzen en agressieve fiscale planning. Het vizier staat nog niet op scherp', WFR 2013/34; M. Nouwen, 'International and Supranational Action against Aggressive Tax Planning and Harmful Tax Competition is Gaining Momentum Fast: The State of Play of Recent Work of the OECD and the EU', in: The European Union's Struggle with Mismatches and Aggressive Tax Planning', Elven International Publishing, 2013, p. 18 e.v. en R. de Boer, 'Preliminary Observations on the European Commission's Strategy for Tackling Hybrids Mismatch Arrangements', in: The European Union's Struggle with Mismatches and Aggressive Tax Planning', Elven International Publishing, 2013, p. 62 e.v.

71 Voor de Moeder-Dochterrichtlijn is er op 25 november 2013 een voorstel tot wijziging daarvan gedaan waarbij de anti-misbruikbepaling wordt uitgebreid en een bepaling wordt voorgesteld gebruik van hybride leningen tegen te gaan; European Commission, 'Proposal for a Council Directive amending Directive 2011/96/EU on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States', COM (2013) 814 final. Dit voorstel is inmiddels aanvaard wat betreft het onderdeel dat betrekking had op hybride leningen; zie Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten, Pb. EU L. 219/40

72 Recommendation on Aggressive tax planning, C(2012)8806final.

73 Recommendation regarding measures intended to encourage third countries to apply minimum standards of good governance in tax matters, C (2012)8805final.

74 Vgl. Kavelaars, t.a.p., TFO 2014/131.3, onderdeel 3.2, sub. c.

75 Vgl. Kavelaars, t.a.p., TFO 2014/131.3, onderdeel 3.2, sub. c.

6.2.3. Staatssteun

Daarnaast onderzoekt de Europese Commissie geregeld of de fiscale wet- en regelgeving van EU-lidstaten geen verboden vorm van (verkapte) staatssteun vormt in de zin van artikel 107 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna: 'VWEU').⁷⁶ Een steunmaatregel in de zin van art. 107, lid 1, VWEU, is een besluit van de nationale overheid waarbij eenzijdig geld of voordelen aan (een) onderneming(en) worden verschaft om bepaalde economische of sociale doelstellingen te verwezenlijken.⁷⁷ Alsdan gaat het bij een steunmaatregel om vier elementen:

1. er wordt een voordeel toegekend aan de ontvanger;⁷⁸
2. dit voordeel wordt verschaft door de staat of wordt uit de staatsmiddelen bekostigd;⁷⁹
3. dit voordeel kan niet elders worden verkregen, d.w.z. waardoor de concurrentie wordt vervalst en de tussenstaatse handel ongunstig kan worden beïnvloed;⁸⁰ en
4. dit voordeel komt ten goede aan bepaalde ondernemingen of het verrichten van bepaalde diensten (selectiviteit).

Indien een maatregel wordt aangemerkt als (onrechtmatige) staatssteun kan de Europese Commissie een lidstaat de verplichting opleggen het verleende voordeel terug te vorderen van de belastingplichtige.⁸¹ Er geldt een uitzondering op de verplichting het verleende voordeel terug te vorderen indien de terugvordering strijdig zou zijn met een beginsel van unitair recht, zoals bijvoorbeeld het beginsel van gewettigd vertrouwen, d.w.z. de belastingplichtige heeft er gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat er geen sprake zou zijn van staatssteun.⁸²

Een afspraak van een belastingplichtige met de Belastingdienst, zoals een ruling, kan *an sich* als staatssteun kwalificeren. Naar aanleiding van een onderzoek van de Europese Commissie naar een (naar Belgisch recht aangegane) dadingovereenkomst tussen de Belgische Belastingdienst en UMICORE (belastingplichtige) teneinde een lopend geschil omtrent over (de omvang van) de door UMICORE

76 De Europese Commissie werkt op dit moment aan een nieuwe Mededeling over het begrip 'staatssteun'. In dit verband heeft zij een conceptdocument opgesteld 'Draft Commission Note on the Notion of State Aid pursuant to Article 107(1) TFEU' waarop tot 14 maart 2014 input kon worden gegeven. Zie ook A.F. Gunn, 'Europese consultatie over fiscale staatssteun', NTFR Artikelen 2014/5.

77 HvJ 27 maart 1980, Zaak 61/79, Denkvit, r.o. 31.

78 Vgl. HvJ 21 februari 1988, zaak 67/68 en 70/85, Van der Kooy (lagere aardgasstarieven voor tuinders).

79 Dit moet worden beoordeeld op het niveau van de begunstigen en het hangt niet af van indirecte economische of budgettaire gevolgen van de belastingregeling; HvJ 23 februari 1961, zaak 30/59, Steenkolenmijnen Limburg.

80 HvJ 2 juli 1974, zaak 173/73, Commissie v. Italië.

81 HvJ 12 juli 1973, zaak 70/72, Commissie v. Duitsland, r.o. 13.

82 Hiervan is sprake indien het standpunt van een unitaire instelling, zoals bijvoorbeeld de Europese Commissie, invloed heeft gehad op het gedrag van de ondernemingen; vgl. de beschikking van de Europese Commissie van 17 februari 2003 betreffende de steunregeling die door België ten uitvoer is gelegd ten gunste van in België gevestigde coördinatiecentra, C(2003)564, Pb. L 282/28, nr. 23 van 30 oktober 2003. Dit gold tevens met betrekking tot de vergelijkbare zaken ten aanzien van Duitsland, Luxemburg en Nederland. Zie ook HvJ 22 juni 2006, zaak C-217/03 en C-182/03, Commissie v. België. Vgl. tevens E. van de Velden, 'Afspraken met de fiscus: de grenzen, juridische kwalificatie en rechtsgevolgen', Larcier, Brussel, 2009, p. 137 e.v. en L. Hinnekens, 'Europese Unie en directe belastingen', Larcier, Brussel, 2012, p. 858 e.v.

verschuldigde BTW op te lossen, is een beschikking uitgevaardigd die ook van belang kan zijn voor de staatsteunbestendigheid van Nederlandse rulings.⁸³ Van staatssteun is, alsdan getransponeerd⁸⁴ naar de Nederlandse ruling die de vorm van een vaststellingsovereenkomst heeft, sprake indien:⁸⁵

1. evidente disproportionaliteit voorhanden is ('wanneer, gelet op de omstandigheden van de zaak, de toegevingen van de belastingdienst duidelijk niet in verhouding staan tot de toegevingen aan de belastingplichtige');
2. zulks resulteert in een verlaging van het verschuldigde bedrag ten aanzien van de reeds tussen partijen vaststaande feiten.

Bij ad. 1 of de *onevenredige toegeving* is geen sprake van een selectief voordeel indien en voor zover een andere belastingplichtige die zich in een vergelijkbare situatie bevindt, recht heeft op dezelfde gunstige behandeling. Bij ad. 2 of de *onrechtmatige toegeving* past de kanttekening dat een marginale toetsing moet plaatsvinden om vast te stellen of de partijen in redelijkheid van mening konden en mochten verschillen over de feiten.⁸⁶

Bij het voorgaande kan de opmerking worden gemaakt dat een ruling/vaststellingsovereenkomst in beginsel past binnen de bestaande wet, regelgeving en jurisprudentie zodat vanuit dat perspectief niet snel gesproken kan worden van het bewust omzeilen van de wet waardoor de belastingplichtige in kwestie gunstiger wordt behandeld.⁸⁷ Zoals hiervoor is aangegeven, kan er volgens de Hoge Raad sprake zijn van gebondenheid aan een contra legem ruling/vaststellingsovereenkomst tenzij de afspraken zo zeer in strijd zijn met de wet dat op nakoming daarvan niet mocht worden gerekend. Het is de vraag hoe deze 'zo zeer'-toets van de Hoge Raad zich verhoudt tot de toetsen van de Europese Commissie, maar het lijkt erop dat de door de Europese Commissie aangelegde toetsen strikter zijn.⁸⁸ Overigens is de Staatssecretaris van Financiën van mening dat de Nederlandse rulingpraktijk geen (onrechtmatige) staatssteun constitueert omdat de afgegeven rulings kaderen binnen de wet, jurisprudentie en resoluties.⁸⁹

Met het verstrekken van rechtszekerheid is, gezien vanuit het Europeesrechtelijke verbod van staatssteun, niet zoveel mis. Zoals hiervoor is aangegeven, kan in de verhouding tussen de 'zo zeer'-toets van de Hoge Raad (partijen zijn op grond van BNB 2006/201 en BNB 1997/221 slechts dan niet aan een ruling gebonden indien

83 Beschikking C76/03 van 26 mei 2010, PbEG 2011 L 122/76 van 11 mei 2011. Zie voor een bespreking hiervan R. H.C. Lujta, 'Vaststellingsovereenkomsten, de CCTB en staatssteun', WFR 2012/125, onderdeel 2 en Van de Velden, t.a.p., p. 141-142.

84 Hierbij past de kanttekening dat de Nederlandse vaststellingsovereenkomst een geheel ander karakter heeft dan de Belgische dadingovereenkomst die het voorwerp uitmaakte van de UMICORE-beschikking zodat enige terughoudendheid moet worden betracht in het toepassen van deze beschikking op Nederlandse rulings; vgl. Lujta, t.a.p., onderdeel 2.

85 Beschikking C76/03 van 26 mei 2010, PbEG 2011 L 122/76 van 11 mei 2011, para. 155.

86 Lujta, t.a.p., onderdeel 2.

87 Zie ook de Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 18 februari 2014, nr. AFP2014/127, V-N 2014/12.3

88 Lujta, t.a.p., onderdeel 2.

89 De Brief van de Staatssecretaris van Financiën van 18 februari 2014, nr. AFP2014/127, V-N 2014/12.3 en de Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 juni 2014, nr. AFP/2014/516 M, V-N 2014/31.15.

die zozeer in strijd is met de wet dat op nakoming niet mocht worden gerekend) en de onrechtmatige en onevenredige toegevingstoets van de Europese Commissie (op grond van artikel 107 VWEU en de UMICORE-beschikking vormt een ruling reeds staatssteun indien de toegeving onrechtmatig of onevenredig is) een discrepantie ontstaan inzake de houdbaarheid en geldigheid van een ruling. Immers, het is denkbaar dat een ruling, die de grenzen zoals geformuleerd in BNB 2006/201 en BNB 1997/221 niet overschrijdt, wel onrechtmatig of onevenredig is vanuit Europeesrechtelijke optiek. Bevindt een ruling zich in dit grensgebied, dan loopt zij het gevaar bij onderzoek door de Europese Commissie aangemerkt te worden als verboden staatssteun. Overigens gaat het hierbij om excessen.⁹⁰

De Europese Commissie is op 11 juni 2014 een formele onderzoeksprocedure begonnen naar het rulingbeleid van Nederland, Ierland en Luxemburg.⁹¹ Eind september 2014 heeft de Europese Commissie, naar aanleiding van haar voorlopige onderzoek, geconcludeerd dat enkele van de rulings die door Ierland en Luxemburg waren afgegeven staatssteun vormden.⁹² Wat de Ierse ruling betreft, valt op te merken dat in ieder geval één van de door de Europese Commissie gehanteerde argumenten – een zeer lange looptijd van de ruling – gezien het in Nederland geldende kader alhier niet snel opgeld zal doen. Luxemburg heeft overigens in eerste instantie slechts een beperkt deel van de door de Europese Commissie gevraagde informatie verstrekt en ziet zich geconfronteerd met een inbreukprocedure.⁹³ In oktober 2014 heeft de Europese Commissie aangekondigd nog een tweede onderzoek in te stellen naar het rulingbeleid van Luxemburg.⁹⁴ De Europese Commissie heeft overigens ook aangegeven dat zij haar ruime onderzoek zal voortzetten, waarin naar rulings in meerdere lidstaten zal worden gekeken.⁹⁵

Wat Nederland betreft beperkt het onderzoek zich vooralsnog tot de ruling van Starbucks Manufacturing EMEA BV. Het gaat dan om de vraag of deze ruling wel spoort met een marktgerelateerde beoordeling van de gehanteerde verrekennprijzen. Wat betreft de overige door de Commissie opgevraagde rulings merkt zij het volgende op:

“Meer specifiek constateert de Commissie dat Nederland doorgaans werkt met een grondige beoordeling op basis van uitgebreide informatie die de belastingplichtige moet verschaffen. Daarom denkt de Commissie niet op systematische onregelmatigheden te stoten bij fiscale rulings.”

90 Luja, t.a.p., onderdeel 2.2 geeft als voorbeeld de autoriteiten van een lidstaat die met de belastingplichtige om tafel zitten met als doel tot een voldoende aantrekkelijke uitkomst te komen.

91 Persbericht van de Europese Commissie van 11 juni 2014, nr. IP/14/663, V-N 2014/31.14. Zie voor een bespreking daarvan A.G. Gunn, ‘Formeel onderzoek naar Nederlandse rulings’, NTFR 2014/1562.

92 Verslag van de Europese Commissie van 11 juni 2014“ C(2014) 3606 FINAL en Verslag van de Europese Commissie van 11 juni 2014“ C(2014) 3627 FINAL.

93 Persbericht van de Europese Commissie van 24 maart. 2014, nr. IP/14/309, Highlights & Insights on European Taxation 2014/142.

94 Persbericht van de Europese Commissie van 7 oktober 2014, nr. IP/14/1105.

95 Persbericht van de Europese Commissie van 11 juni 2014, nr. IP/14/663, V-N 2014/31.14.

In een nadere toelichting op het persbericht van de Europese Commissie stelt de Staatssecretaris het volgende:⁹⁶

“De Commissie heeft bij de opening van de formele onderzoeksprocedure op basis van uitgebreid onderzoek bevestigd dat in Nederland sprake is van een robuuste en gedegen APA- en ATR-praktijk. De formele onderzoeksprocedure ziet slechts toe op een specifiek onderdeel van één specifieke casus, Starbucks Manufacturing EMEA BV. Nederland zal uiteraard volledig meewerken aan het onderzoek. Ik heb er vertrouwen in dat uiteindelijk geconcludeerd zal worden dat van staatssteun geen sprake is en dat de afspraken met Starbucks Manufacturing EMEA BV voldoen aan de OESO-richtlijnen voor verrekenprijzen.”

Gezien het feit dat de Europese Commissie haar staatssteunonderzoeken naar Nederland, Luxemburg en Ierland tegelijkertijd aankondigde en haar onderzoeksresultaten wat betreft zowel Luxemburg als Ierland reeds bekend heeft gemaakt, is het enigszins verwonderlijk dat waar het onderzoek Nederland betreft de uitkomst nog niet bekend is. Vooralsnog lijkt daarom, mede in aanmerking genomen de bewoordingen waarin de Europese Commissie zich over het rulingbeleid uit liet, geconcludeerd te kunnen worden dat de Nederlandse rulingpraktijk de toets der kritiek redelijk lijkt te kunnen doorstaan wat betreft de in het VWEU neergelegde staatssteunregels en de daarop gebaseerde jurisprudentie.⁹⁷ Buiten de aan Starbucks verstrekte ruling lijkt de Europese Commissie wat betreft de overige opgevraagde rulings (de Staatssecretaris spreekt van een uitgebreid onderzoek, wat erop zou kunnen duiden dat er naast de ruling van Starbucks nog een behoorlijk aantal andere rulings en betrekking hebbende op andere belastingplichtigen, is opgevraagd), geen verdere aanleiding te zien tot onderzoek en te concluderen dat zij geen onrechtmatige steun behelzen. Er valt uiteraard niet uit te sluiten dat de Europese Commissie in haar verdere onderzoek wellicht ook wat Nederland betreft nog tot andere conclusies komt.

7. Conclusie

De Nederlandse rulingpraktijk kent een bewogen geschiedenis en is omgeven met een veelheid aan interessante juridische aspecten. Zonder naar volledigheid te willen streven is op een aantal daarvan nader ingegaan. In de (zeer) nabije toekomst zullen er waarschijnlijk geen grootscheepse veranderingen in de Nederlandse rulingpraktijk worden afgedwongen. Het lijkt echter eveneens verdedigbaar te stellen dat de Nederlandse rulingpraktijk geen rustig bezit is. Daarbij komt dat het BEPS-project zijn schaduw vooruit werpt en het voorkomen van belastingontwijking door multinationals de komende tijd waarschijnlijk hoog op de politieke agenda zal (blijven) staan. Het valt daarom niet uit te sluiten dat op de (middel)

⁹⁶ Brief Staatssecretaris van Financiën van 11 juni 2014, nr. AFP/2014/516 M, V-N 2014/31.15.

⁹⁷ Vgl. ook de Brief van de Staatssecretaris van Financiën in antwoord op Kamervragen van het lid Klaver, 21 augustus 2014, IZV/151U.

lange termijn (onderdelen van) het Nederlandse rulingbeleid toch weer ter discussie komen te staan, met alle nadelige gevolgen voor belastingplichtigen van dien.⁹⁸ In die zin levert een door de Belastingdienst afgegeven ruling wellicht toch geen ultieme rechtszekerheid op wat mede is ingegeven doordat de visie op wat een redelijke belastingafdracht is door met name multinationale ondernemingen aan het verschuiven is. Dat laatste aspect zou tegen de achtergrond van het thema van deze bundel en de oratie van Lodewijk Smeehuijzen en met enige fantasie als een vorm van ‘billijkheid’ kunnen worden gezien.

⁹⁸ Vgl. Gunn, t.a.p., NTFR 2014/65, onderdeel 4.

Rechtszekerheid en keuzes van de wetgever in rechtspersonenrecht

*Prof. mr. W.J.M. van Veen*¹

Dragen afschaffing van strikte normen en meer (bestuurders)aansprakelijkheid bij tot een billijker resultaat?

1. Rechtszekerheid in het rechtspersonenrecht

Rechtszekerheid speelt bij de vormgeving van het rechtspersonenrecht een belangrijke rol, zowel in de externe verhoudingen als in de interne verhoudingen. In relatie tot de externe verhoudingen die door de rechtspersoon met anderen worden aangegaan, wordt in dit verband vaak gewezen op het belang bij een vlot verlopend handelsverkeer. Hierbij gaat het vooral om de afweging tussen het belang bij het kunnen beperken van de bevoegdheid om voor de rechtspersoon op te treden en de mogelijke consequenties hiervan voor wederpartijen van de rechtspersoon. Die consequenties rechtvaardigen, althans zo oordeelde de (Europese) wetgever,² dat slechts bepaalde beperkingen die uit de wet voortvloeien of die de wet toelaat jegens derden kunnen worden ingeroepen. Andere beperkingen zoals voorafgaande goedkeuring van de raad van commissarissen zijn weliswaar toegestaan, maar leiden bij schending daarvan niet tot vertegenwoordigingsonbevoegdheid.³ Een wederpartij van de rechtspersoon behoeft ook niet na te gaan of dergelijke – intern werkende beperkingen – zijn nageleefd.⁴ Op hem rust in deze geen onderzoeksplicht.

Ook in de interne verhoudingen weegt rechtszekerheid zwaar. In rechtspersonen moeten tal van personen in – meer of minder sterk – wisselende samenstelling functioneren in verschillende hoedanigheden en/of organen met onderscheiden taken en bevoegdheden. Voor het goed functioneren van rechtspersonen is daarom duidelijkheid over het juridische kader waarbinnen de bij de organisatie betrokkenen moeten functioneren van groot belang. Daarmee is de wenselijkheid gegeven

¹ Hoogleraar Vennootschaps- en rechtspersonenrecht aan de *Vrije Universiteit Amsterdam*, special counsel Ondernemingsrecht Baker & McKenzie Amsterdam, verbonden aan het Zuidas Instituut voor Financieel recht en Ondernemingsrecht (ZIFO).

² Zie m.n. art. 10 richtlijn 2009/101/EG (PbEU L 258), voorheen Richtlijn 68/151/EEG, dat ten grondslag ligt aan art. 2:45/130/240/292 BW. Overigens zijn er enkele bijzondere bepalingen waarin beperkingen aan de vertegenwoordigingsbevoegdheid zijn opgenomen. Deze hebben betrekking op specifieke, niet-alledaagse rechtshandelingen.

³ Dit in afwijking van het destijds geldende Nederlandse recht: zie HR 24 juni 1949, NJ 1949, 750 (Fokker/Spanje).

⁴ Iets anders is of indien de wederpartij weet dat de interne regels niet zijn nageleefd onder omstandigheden onrechtmatig kan handelen jegens de rechtspersoon door de rechtshandeling desondanks aan te gaan. Hiertoe is vereist dat hij een specifieke zorgplicht schendt die hij jegens de rechtspersoon heeft te betrachten. Ik werk dit hier niet verder uit.

van duidelijke, betrouwbare strakke regels ten aanzien van de inrichting en het functioneren van organen en degenen die daarvan deel uitmaken.⁵ Zowel in de wetgeving als rechtspraak komt dit tot uitdrukking.

Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het wettelijk uitgangspunt dat het rechtspersonenrecht in beginsel dwingendrechtelijk van aard is en dat waar de wet dat toelaat, daarvan slechts kan worden afgeweken bij (op schrift gestelde) statuten.⁶ Het bepalen van een duidelijke rangorde tussen wet, statuten, reglementen en besluiten⁷ draagt evenzeer bij tot meer duidelijkheid over het interne recht dat de rechtspersoon beheerst. Ook in de handhaving komt het streven naar rechtszekerheid naar boven. Zo leidt een schending van de (wettelijke of statutaire) bevoegdheidsverdeling tot ongeldige besluiten (art. 2:14 BW). Slechts indien onverkorte toepassing van de desbetreffende regeling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, bestaat ruimte voor een billijkheidscorrectie (art. 2:8 lid 2 BW).⁸ Schending van andere voorschriften en van de eisen van redelijkheid en billijkheid leidt tot vernietigbare besluiten (art. 2:15 BW). Omdat hierbij een belangenafweging wordt gemaakt, is hier meer ruimte voor een op de concrete omstandigheden toegesneden resultaat. De rechter kan bovendien desgevraagd de gevolgen van vernietiging onder omstandigheden mitigeren (art. 3:53 jo. art. 3:59 BW).

Rechtszekerheid wordt nagestreefd doordat besluiten slechts kunnen worden vernietigd door de rechter, waarbij voor het verzoek daartoe bovendien een vervaltermijn geldt van een jaar.⁹ Onder rechter moet in dit verband – wederom mede met het oog op de rechtszekerheid – worden verstaan de overheidsrechter.¹⁰ Als voorbeelden uit de rechtspraak kunnen voorts nog worden genoemd dat statuten in beginsel naar objectieve maatstaven moeten worden uitgelegd,¹¹ en dat op grond van regels van ongeschreven recht geen verplichting tot consultatie of een goedkeuringsrecht van de algemene vergadering kan worden aangenomen omdat dit – daar duikt de term weer op – tot onaanvaardbare rechtsonzekerheid zou leiden.¹²

De Hoge Raad lijkt overigens bij dit laatste punt wel enige ruimte te laten voor een billijkheidstoetsing in concrete omstandigheden. Hij overweegt immers dat i.c. het bestuur niet vooraf heeft toegezegd de algemene vergadering te zullen involveren bij het onderhavige besluit. Hieruit kan worden afgeleid dat indien het bestuur dat wel zou hebben gedaan, dit gevolgen zou kunnen hebben voor de geldigheid van het besluit indien het bestuur de algemene vergadering niet zou hebben geconsulteerd. In de

5 Dit laat onverlet dat ook binnen rechtspersonenrecht is voorzien in een billijkheidscorrectie, zowel in aanvullende als beperkende zin. Zie art. 2:8 BW.

6 Zie art. 2:25 BW.

7 Zie art. 2:14 en 2:15 BW.

8 Rb Amsterdam 18 mei 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ4815 (Fortis).

9 Zie art. 2:15 lid 5 BW.

10 Aldus HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY4033, NJ 2007, 561 m.n. H.J. Snijders. Zie over dit arrest o.m. J.M. Blanco Fernández, TOP 2007, p. 34 e.v. en M. Kroeze, WPNR 6702 (2007), p. 215 e.v.

11 Niet alleen de bewoordingen, maar ook de ratio van de bepalingen, de redelijkheid van (de uitkomst van) de uitleg en de mate waarin de uitleg past in het systeem van de desbetreffende statuten dan wel reglement als geheel, dienen hierbij in aanmerking te worden genomen (HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 m.nt. Du Perron). Aan de bedoelingen van degenen die bij het opstellen van statuten of reglementen zijn betrokken komt in beginsel geen betekenis toe, tenzij deze zijn vastgelegd in een schriftelijke toelichting die ook kenbaar is voor degenen die niet bij het opstellen daarvan betrokken zijn geweest (Vgl. HR 28 juni 2002, NJ 2003, 111 m.nt. Heerma van Voss).

12 HR 21 februari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF1486, NJ 2003, 182 m.nt. J.M.M. Maeijer (*HBG*), behoudens t.a.v. consultatie mogelijk indien de toezegging mocht zijn gedaan of de indruk was gewekt dat het desbetreffende besluit niet zou zijn genomen zonder de algemene vergadering te consulteren. Zie ro. 6.6.1.; HR 13 juli 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7970, (*ABN AMRO-La Salle-beschikking*), ro. 4.4.

wettelijke systematiek zou dit dan naar ik meen kunnen zijn dat het besluit vernietigbaar is wegens strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid gezien de wijze van totstandkoming in deze specifieke omstandigheden.

Het rechtspersonenrecht heeft de laatste jaren bepaald niet te klagen over aandacht van de wetgever. Er kan wel worden gesproken van een trend tot versoepeling. Een exponent hiervan is de flexibilisering van het BV-recht. Er wordt evenwel ook nagedacht over versoepeling van het NV-recht en het voorontwerp van de wet bestuur en toezicht rechtspersonen raakt ook de vereniging, stichting, coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij. De bedoelde versoepeling betreft de vrijheid van inrichting van de organisatie en de verhoudingen tussen de bij de organisatie van de rechtspersoon betrokkenen onderling en tussen hen en de vennootschap. Op enkele belangrijke punten betreft het echter ook normen die organen en degenen die daarvan deel uitmaken in acht moeten nemen en de wijze waarop normschending wordt gesanctioneerd. Deze activiteiten van de wetgever leiden niet tot minder regels en ook niet altijd tot duidelijker regels. Zie hierover de bijdrage van Huizink elders in deze bundel.

In deze bijdrage richt ik mij op de laatstgenoemde veranderingen in de regels die betrekking hebben op het handelen van organen en degenen die hiervan deel uitmaken. Dit behandel ik aan de hand van twee voorbeelden waarin een verandering van het type regeling is doorgevoerd. Dit betreft de regeling betreffende vermogensbescherming bij de BV (§ 3) en de regeling betreffende de situaties waarin tussen de rechtspersoon en een of meer bestuurders een tegenstrijdig belang bestaat (§ 4).

Hierbij stel ik zowel de verandering in de normering als in de sanctionering centraal. Beide aspecten houden mijns inziens verband met rechtszekerheid. Met betrekking tot het onderscheid tussen strikte en open normen behoeft dit geen toelichting. Ten aanzien van de wijze sanctionering is een nadere toelichting wellicht nodig. Het recht is in abstracto beter voorspelbaar indien schending van een norm of regel leidt tot ongeldigheid van de desbetreffende handeling. De rechtszekerheid is in dit opzicht met dit type regeling gediend. Overigens geldt hetzelfde indien het recht zou bepalen dat het negeren van een bepaalde regel of norm geen relevantie heeft voor een rechtstoestand die in strijd met die regel tot stand is gebracht.¹³

Wanneer sanctionering van bepaalde regels of normen evenwel (uitsluitend) via het aansprakelijkheidsrecht plaats vindt, is de uitkomst minder goed voorspelbaar. Ik noem bijvoorbeeld dat de vereiste mate van verwijtbaarheid moet worden aangetoond, evenals de aanwezigheid van schade en de omvang daarvan. Daarbij komt dat schadevergoeding mogelijk ook kan bestaan uit het ongedaan maken van (bepaalde aspecten van) een rechtshandeling (art. 6:103 BW). Vanuit de optiek van

¹³ Een voorbeeld van dit laatste is de in de eerste alinea beschreven regeling omtrent niet door de wet toegelaten beperkingen van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van bestuur en bestuurders van rechtspersonen.

rechtszekerheid is een op het aansprakelijkheidsrecht gebaseerde normering en sanctionering daarom minder aantrekkelijk dan een strikte regeling. Een dergelijk type regeling kan, zoals gezegd, desondanks te prefereren zijn indien hierdoor betere resultaten kunnen worden bereikt.

2. **Rechtszekerheid en het type regeling: wat heet een beter resultaat?**

De schending van een regel van rechtspersonenrecht kan ertoe leiden dat bevoegdheid tot het nemen van besluiten en/of het verrichten van externe handelingen ontbreekt. Dit gebrek kan vervolgens weer gevolgen hebben voor rechten die een ander meende te hebben verkregen. De klassieke benadering is dat het recht in degelijke gevallen een correctie dient toe te laten indien dit is vereist om tot een billijk resultaat te leiden. Het uitgangspunt hierbij is dat indien de ander te goeder trouw is ten aanzien van het gebrek dat aan de handeling kleefde, dit gebrek als regel¹⁴ niet aan hem kan worden tegengeworpen. In het burgerlijk recht – niet alleen in het rechtspersonenrecht – is dit een algemeen aanvaard criterium om vanuit de eisen van redelijkheid en billijkheid of het handels- of rechtsverkeer ongewenste effecten van onbevoegdheid te ondervangen indien de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven.

Overigens kan er nog worden gedifferentieerd in de eisen die worden gesteld aan de wederpartij of derde alvorens zij rechtens bescherming kunnen invoeren. Zo bestaan in het rechtspersonenrecht de criteria *'onkundig'* in relatie tot onjuistheden of onvolledigheden van in het handelsregister in te schrijven of ingeschreven gegevens,¹⁵ *'niet weten of zonder eigen onderzoek moeten weten'* in relatie tot doeloverschrijding,¹⁶ en *'kennen noch behoefde te kennen'* onder meer in relatie tot extern werkende besluiten.¹⁷ Ook deze nuances zijn gerelateerd aan de gewenste mate van rechtszekerheid c.q. de eisen van het handels- en rechtsverkeer. Ik laat dit aspect van de al dan niet geobjectiveerde wetenschap en/of onderzoeksplicht van de wederpartij/derde als onderdeel van de door de wetgever te maken billijkheidsafweging in abstracto hierna verder buiten beschouwing.

De bovenbeschreven klassieke benadering is, zoals uiteengezet in § 1, door de wetgever in het flexibiliseringsproject op een aantal punten verlaten. In plaats van de strikte regelingen bij uitkeringen bij de BV of het handelen bij tegenstrijdig belang, zijn via aansprakelijkheid te sanctioneren zorgvuldigheids- of gedragsnormen ingevoerd. Overigens met betrekking tot de tegenstrijdig belangregeling mede met een beroep op de rechtszekerheid. Ik kom hierop terug (zie § 4).

Bij beschouwingen over de vraag of dit een te prefereren ontwikkeling is, komt vanzelf vraag op wanneer het ene dan wel het andere type regeling leidt tot een

14 Een uitzondering treft men aan in art. 2:16 lid 2 BW t.a.v. een benoeming van bestuurders en commissarissen.

15 zie art. 2:6 BW en art. 25 Hrgw 2007.

16 Art. 2:7 BW.

17 Art. 2:16 lid 2 BW.

beter resultaat. Het is uiteraard de vraag of men het er over eens kan worden wat een beter resultaat is, maar een enkele relevante toetsingscriteria kunnen denk ik wel worden genoemd. Het uitgangspunt dient mijns inziens te zijn dat de bedoelde beoordeling moet plaatsvinden in het licht van ratio van de desbetreffende regeling. Dit lijkt mij althans een voorwaarde voor een betekenisvolle beoordeling.

Tegen deze achtergrond kan – en dat is mijns inziens het eerste toetsingscriterium – worden beoordeeld of door het vervangen van de ‘strikte regeling’ onnodige belemmeringen die aan het bereiken van billijke resultaten in de weg staan, worden opgeheven of voorkomen. In dit kader speelt een rol of de strikte norm in omstandigheden waarin dit dreigt te leiden tot een onbillijk resultaat, door middel van andere leerstukken kan worden aangevuld of gecorrigeerd. Is dat het geval, dan reduceert dit de noodzaak of wenselijkheid om voor een ander type regeling te opteren.

Dit is mogelijk anders, en dan komen wij bij het tweede toetsingscriterium, indien de keuze voor een andere norm of handhavingstechniek ten goede komt aan de realisering van de doelstelling van de regeling. In de voorbeelden die ik in deze beschouwing bespreekt, gaat het hierbij om het antwoord op de vraag of bij normschending ongeldigheid van de handeling of juist een verplichting tot schadevergoeding, dienstiger is aan realisering van de doelstelling van de regeling.

Tot slot is naar ik meen relevant of een bepaald type regeling consistent is met vergelijkbare regelingen elders in het privaatrecht, zo die er zijn. Dit laatste omdat het mijns inziens vanuit oogpunt van rechtvaardigheid onwenselijk is als het recht in vergelijkbare gevallen tot niet goed verklaarbaar verschillende uitkomsten leidt.

3. Vermogensbescherming bij uitkeringen aan aandeelhouders

In het vennootschapsrecht zijn regels opgenomen die de BV moeten beschermen tegen onverantwoorde vermogensonttrekkingen ten gunste van de aandeelhouders. Deze regels hebben betrekking op uitkeringen van winst en reserves, inkoop van eigen aandelen en terugbetaling van kapitaal.¹⁸ In deze beschouwing zal ik voor de leesbaarheid slechts spreken van ‘uitkeringen’ aan aandeelhouders. Bij de herziening van het BV-recht zijn de regels aan de hand waarvan de rechtmatigheid van een uitkering wordt beoordeeld ingrijpend gewijzigd. Onder de oude regels was een uitkering slechts toegestaan indien het eigen vermogen van de vennootschap ten minste gelijk was aan het bedrag van opgevraagde deel van het kapitaal, verhoogd met reserves die op grond van de wet en eventueel de statuten moeten worden aangehouden. Wordt in strijd hiermee een besluit genomen tot uitkering, dan is dit besluit ongeldig. Eventuele uitkeringen die op basis van het ongeldige besluit zijn gedaan, moeten wegens onverschuldigde betaling worden terugbetaald aan de vennootschap. Deze regeling geldt nog steeds voor de NV (art. 2:105 lid 2

¹⁸ Zie respectievelijk art. 2:216, 2:207-207d en 2:208 BW.

BW).¹⁹ In het geval dat een besluit tot uitkering wordt genomen in overeenstemming met de wettelijke voorschriften, maar desondanks objectief voorzienbaar leidde tot benadeling van crediteuren, stonden crediteuren niet met lege handen. Het handelen van bestuurders en aandeelhouders werd op dit punt aangevuld door open (zorgvuldigheids)normen die bij schending konden leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid van de betrokken aandeelhouders of bestuurders.²⁰

Bij de BV is de toets aan de omvang van het eigen vermogen vervallen en is ook de sanctionering gewijzigd.

Een toets aan het eigen vermogen dient nog wel te worden uitgevoerd indien de vennootschap op grond van de wet of statuten reserves moet aanhouden (art. 2:216 lid 1 BW). De hieruit voortvloeiende restricties voor het kunnen doen van uitkeringen kunnen overigens relatief gemakkelijk worden opgeheven²¹ en leggen daarom niet meer zoveel gewicht in de schaal. In het hierna volgende ga ik ervan uit dat er geen wettelijke of statutair aan te houden reserves zijn.

De norm die moet worden gehanteerd bij het antwoord op de vraag of een uitkering in een concreet geval toelaatbaar is, is of de vennootschap – ook na de uitkering – kan voortgaan met het betalen van haar opeisbare schulden. Een vennootschap mag met andere woorden als gevolg van de uitkering niet objectief voorzienbaar in staat van surseance van betaling of insolventie komen te verkeren. Deze toets moet door het bestuur worden uitgevoerd. Maakt het bestuur hierbij een fout dan kan dat leiden tot een verplichting tot schadevergoeding van de bestuurders. Zijn aandeelhouders ten aanzien van die fout niet te goeder trouw dan kunnen ook zij tot vergoeding van schade worden aangesproken. Deze aansprakelijkheid is gemaximeerd tot het bedrag van de uitkeringen, c.q. het door de aandeelhouders ontvangen bedrag (art. 2:216 lid 3 BW) eventueel te verhogen met wettelijke rente.

Hierbij teken ik aan dat de bestuurders en aandeelhouders in voorkomende gevallen ook op grond van onrechtmatige daad – meer specifiek onrechtmatige vermogensonttrekking – kunnen worden aangesproken. In dat geval geldt de uit art. 2:216 lid 3 BW voortvloeiende maximering niet.

Hier is duidelijk sprake van het vervangen van een heldere, strikte regel door een minder duidelijke norm namelijk of de vennootschap objectief voorzienbaar al dan niet in staat van betalingsonmacht komt te verkeren.

19 Bij de NV geldt dat slechts aandeelhouders of winstgerechtigden die wisten of behoorden te weten dat de uitkering niet geoorloofd was, het ontvangene moeten terugbetalen (art. 2:105 lid 8 BW). Bij de BV gold een dergelijke regel niet omdat, enigszins geparafraseerd weergegeven, de aandeelhouders verondersteld worden nauwer bij de vennootschap betrokken te zijn.

20 Zie HR 8 november 1991, NJ 1992, 174 (Nimox) en HR 6 februari 2004, JOR 2004, 67 (Reinders Didam). In het eerste geval was sprake van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad – overigens niet van de bestuurders maar van de enig aandeelhouder -, in het tweede op grond van onbehoorlijke taakvervulling in de zin van art. 2:248 BW.

21 Zie t.a.v. de omzetting van wettelijke reserves *Kamerstukken II* 2006/07, nr. 3, p. 69. Het is echter de vraag of dit in lijn is met art. 7 Richtlijn 2013/34/EU. Zie hierover nader W.J.M. van Veen/P.M. van der Zanden, *Uitkeringen bij of leidend tot een negatief eigen vermogen van de BV: een verkenning*, TvOB 2014-1, p. 37.

Overigens blijkt uit de toelichting dat het bij de uitvoering van de toets niet uitsluitend gaat om schulden die opeisbaar zijn ten tijde van het doen van de uitkering maar dat het bestuur ook rekening moet houden met verplichtingen die nog niet bestaan maar die voorzienbaar zijn. Het bestuur moet hierbij ongeveer een jaar vooruit kijken, maar onder omstandigheden kan deze termijn langer zijn, zo leert de parlementaire geschiedenis.²² Verder moet het bestuur een uitkeringstoets uitvoeren waarbij een diversiteit aan factoren moet worden betrokken. Daarbij komt dat tijdens de parlementaire behandeling op bepaalde punten tegenstrijdige uitspraken zijn gedaan over de eisen waaraan de uitkeringstest moet voldoen. Bovendien is er een subtiel verschil in de bevoegdheid van het bestuur wanneer het gaat om het verlenen van goedkeuring aan een uitkering dan wel aan een terugbetaling van kapitaal of de inkoop van aandelen.²³ Over de eisen waaraan de uitkeringstoets moet voldoen, bestaat derhalve vooralsnog veel onduidelijkheid. Rechtszekerheid heeft op dit punt duidelijk niet op de voorgrond gestaan.

De te beantwoorden vraag is vervolgens of de nieuwe regeling leidt tot een beter resultaat. Zoals toegelicht in § 2, betrek ik hierbij i) de doelstelling van de regeling, ii) de vraag of en zo ja welke restricties die aan een billijke uitkomst in de weg stonden, zijn weggenomen en iii) of sanctionering met aansprakelijkheid dienstiger is aan realisering van de doelstelling van de regeling dan ongeldigheid.

Om met het eerste te beginnen; de doelstelling van de regeling is het beschermen van crediteuren van de vennootschap tegen uitkeringen die ertoe leiden dat zij niet (of zo voeg ik hieraan toe – voor een geringer bedrag) kunnen worden voldaan. De restrictie die besloten lag in het oude recht namelijk dat het eigen vermogen niet beneden een bepaald minimum mag dalen, is opgeheven. Redengevend voor het opheffen van deze restrictie was, zo blijkt uit de memorie van toelichting, dat de grens die de wet hieraan stelde – namelijk het bedrag van het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal – enigszins arbitrair was. Omdat door het wegvallen van het minimumkapitaal het gestorte en opgevraagde deel van het kapitaal zeer gering of zelfs nihil kan zijn, is vervolgens maar helemaal geen aan het eigen vermogen gestelde ondergrens gesteld.²⁴ De nieuwe regeling laat zelfs toe, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis,²⁵ dat uitkeringen worden gedaan die het eigen vermogen te boven gaan.

De vraag is of hiermee inderdaad een onnodige restrictie is opgeheven. De nieuwe regeling bewerkstelligt dat aandeelhouders zich ook vreemd vermogen kunnen laten uitkeren. Men kan zich evenwel de vraag stellen of dergelijke ‘uitkeringen’ wel *behoren* te kunnen worden gedaan. Indien de vennootschap een negatief eigen vermogen heeft, is immers sprake van een (vermogens)tekort. En uitkeringen ten

22 De geïnteresseerde lezer verwijst ik naar W.J.M. van Veen, *Vermogensbescherming bij de flex-BV: back to basics!*, TvOB 2012, p. 25-30, alwaar ook naar meer literatuur is vermeld.

23 Zie nader W.J.M. van Veen, *Controverses rond bestuurdersaansprakelijkheid. Leidt art. 2:216 BW tot wijziging van de aansprakelijkheidspositie van bestuurders?* Ondernemingsrecht, 2013(12), p. 407-413.

24 *Kamerstukken II* (2006-2007), 31 058, nr. 3, p. 31.

25 Zie o.m. *Kamerstukken II* (2006-2007), 31 058, nr. 3, p. 28, 29. *Kamerstukken II* (2007-2008), 31 058, nr. 6, p. 50; *Kamerstukken I* (2011-2012), 31 058, nr. E, p. 14.

laste van iets wat niet aanwezig is, lijken niet mogelijk.²⁶ Om het anders te formuleren: Indien de vennootschap een negatief eigen vermogen heeft, is het eigen vermogen verdampt. Wat resteert is vreemd vermogen. In dat geval behoren alleen de verschaffers van vreemd vermogen – en niet tevens de verschaffers van eigen vermogen – aanspraken te kunnen doen gelden op het resterende vermogen van de vennootschap.

Vanuit het oogpunt van de hierboven beschreven doelstelling van de regeling kan daarom naar ik meen moeilijk worden volgehouden dat met de nieuwe regeling een onnodige restrictie is opgeheven die aan het bereiken van een billijk resultaat in de weg stond. De constatering dat een uitkering bij of leidend tot een negatief eigen vermogen niet noodzakelijkerwijs leidt tot betalingsonmacht van de vennootschap, brengt niet mee dat vermogensonttrekkingen ten gunste van de aandeelhouders vanuit billijkheidsoogpunt behoren te kunnen plaats vinden. Dat zou anders kunnen zijn indien het aan hun positie inherent is dat zij gerechtigd zijn tot het door de vennootschap aangetrokken vreemd vermogen. Zoals hierboven uiteengezet, is dit niet het geval. Integendeel zou ik menen: Als verschaffers van risicodragend, eigen vermogen dienen zij veeleer te accepteren dat zij geen aanspraken meer kunnen maken op het vermogen van de vennootschap indien het eigen vermogen is opgesoupeerd.

Dan het tweede aspect: draagt de wijze van sanctionering beter bij aan de realisering van het doel van de regeling dan de oude regeling? Zoals hierboven al werd gememoreerd, leidde in de oude regeling schending van de regels tot ongeldigheid van het besluit en diende daarop berustende uitkeringen voor zover die hadden plaats gevonden, te worden terugbetaald. De nieuwe regeling kan tot hetzelfde resultaat leiden maar het is niet zonder meer gezegd dat dit het geval is. Een complicerende factor is dat in eerste plaats moet worden aangetoond dat de bestuurders een fout hebben gemaakt. Doordat de norm diffuus is, is dat lastiger dan ten opzichte van de vervangen norm. Aangetoond zal moeten worden dat de bestuurders en eventueel aandeelhouders wisten of behoorden te weten dat de vennootschap in staat van betalingsonmacht zou komen te verkeren. Individuele bestuurders zouden zich bovendien kunnen trachten te disculperen.²⁷

Omdat de regeling is aangemerkt als een specialis van art. 2:9 BW – onbehoorlijke taakvervulling – rijst bovendien de vraag of een bestuurder aansprakelijk kan worden gesteld indien hem kwijting is verleend. Dat kwijting geen werking heeft jegens crediteuren indien zij ageren uit onrechtmatige daad of dat een besluit tot decharge mogelijk voor vernietiging vatbaar is²⁸ – waarbij ik mij overigens als verweer kan

26 In de literatuur worstelt men ook met de vraag wat er dan eigenlijk wordt uitgekeerd en of 'uitkering' wel de juiste term is. Zie hierover W.J.M. van Veen/P.M. van der Zanden, *Uitkeringen bij of leidend tot een negatief eigen vermogen van de BV: een verkenning*, TvOB 2014-1, p. 29 e.v., m.n. p. 36 en aldaar vermelde literatuur.

27 Een bestuurder die kan aantonen dat het niet aan hem te wijten is geweest dat de vennootschap de uitkering heeft gedaan en dat hij niet nalatig is geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen daarvan af te wenden.

28 Zie hierover de discussie tussen J. Barneveld en J.E. Brink-Van der Meer, J.B. Huizink en P.A. Ledeboer in WPNR 6893 (2011), p. 559 e.v.

voorstellen dat bij vernietiging onvoldoende belang bestaat indien ook de aandeelhouder (s) tot aanzuivering ex art. 2:216 BW kan (kunnen) worden aangesproken –, doet er niet aan af dat (ook) dan een extra stap moet worden gezet.

Een ander verschil is dat de verplichting tot aanzuivering niet zonder meer ligt bij degenen die de uitkering hebben ontvangen, maar in eerste instantie bij de bestuurders. De mogelijkheid bestaat dat bestuurders ten onrechte hebben ingestemd met de uitkering, maar dat kwade trouw bij de aandeelhouders niet kan worden aangetoond. Bieden de bestuurders geen verhaal en kan ten aanzien van de aandeelhouders kwade trouw niet worden aangetoond, dan vissen de crediteuren achter het net. En dat terwijl vaststaat dat de uitkering onrechtmatig is geschied. Is dit – mede vanuit de doelstelling van de regeling – een billijker resultaat? Er is dunkt mij ook wel iets voor te zeggen dat – zoals onder de oude regeling het geval was – de aandeelhouders en niet de crediteuren voor de fout van de bestuurders moeten opdraaien, ongeacht of zij hiervan op de hoogte waren of hadden moeten zijn.

Hoewel nog niet duidelijk is hoe de rechtspraak zich zal ontwikkelen, kan wel worden vastgesteld dat in de regeling is ingebakken dat het in vergelijking tot de vervangen regeling bewerkelijker – en soms zelfs onmogelijk – wordt om een onterecht gedane uitkering terug te draaien. Er zal geprocedeerd moeten worden tegen individuele bestuurders en aandeelhouders over het antwoord op de vraag of zij tot aanzuivering verplicht zijn. Vanuit het oogpunt van de doelstelling van de regeling zie ik niet waarom en in welke gevallen dit bijdraagt tot een beter of billijker resultaat dan de vervangen, striktere regeling.

4. Tegenstrijdig belang

Indien het voornemen bestaat om een transactie aan te gaan tussen een rechtspersoon en een van haar bestuurders of een persoon waarmee een bestuurder persoonlijk (zakelijk of privé) nauw is verbonden, bestaat het risico dat de bestuurder niet langer uitsluitend in het belang van de rechtspersoon zal handelen, maar daarbij zijn persoonlijke belangen laat meewegen. Op deze situatie ziet de tegenstrijdig belangregeling. Het doel daarvan is de zuiverheid en integriteit van het bestuurlijk handelen bij belangenconflicten zoveel mogelijk te waarborgen.

De tegenstrijdig belangregeling zoals die zich op basis van art. 2:146/256 BW in de rechtspraak uiteindelijk heeft ontwikkeld, kende in dit verband een drietal elementen. Het eerste element had betrekking op de *besluitvorming*. Indien het voornemen bestond om een tegenstrijdig belang transactie aan te gaan, diende de algemene vergadering hiervan tijdig en adequaat op de hoogte te worden gesteld opdat zij desgewenst een bijzonder vertegenwoordiger kon aanwijzen om de belangen van de vennootschap te behartigen. Deze regel was van dwingend recht.²⁹ Daarnaast

²⁹ Liet het bestuur dit na, dan leidde dit onder meer tot vernietigbaarheid van het besluit. HR 3 mei 2002, NJ 2002, 393 m.nt. PvS (Joral/Brandao).

zijn in de rechtspraak tal van andere gedragsregels ter zake van de besluitvorming geformuleerd op basis van de notie dat bestuurders gehouden zijn tot een behoorlijke taakvervulling, waaronder de verplichting om openheid te betrachten, de belangen zorgvuldig gescheiden te houden, het besluitvormingsproces zorgvuldig te documenteren en te bewaren en in voorkomende gevallen het inschakelen van een onafhankelijke deskundige.³⁰

Het tweede element had betrekking op *de vertegenwoordigingsbevoegdheid*. In gevallen van tegenstrijdig belang, was het bestuur in beginsel niet bevoegd tot vertegenwoordiging. Deze onbevoegdheid kon worden opgeheven door een statutaire regeling,³¹ de raad van commissarissen,³² zo die er was, en de algemene vergadering.³³ Maakte de algemene vergadering gebruik van haar bevoegdheid tot aanwijzing van een bijzonder vertegenwoordiger, dan prevaleerde deze aanwijzing boven een eventuele statutaire machtiging tot vertegenwoordiging. Indien sprake was van vertegenwoordigingsonbevoegdheid, leidde dit overigens niet zonder meer tot ongebondenheid van de rechtspersoon. De rechtspersoon kon de onbevoegdheid alleen tegenwerpen aan een wederpartij die niet te goeder trouw was ten aanzien van het tegenstrijdig belang.³⁴ De vennootschap kon de rechtshandeling bekrachtigen en een wederpartij die niet te goeder trouw was, kon bovendien een termijn voor bekrachtiging stellen (art. 3:69 jo. 3:78 BW).

Het derde element hield in dat een bestuurder in voorkomende gevallen persoonlijk *aansprakelijk* kon worden gesteld wegens onbehoorlijke taakvervulling.

De nieuwe wetgeving heeft twee ingrijpende wijzigingen gebracht. De eerste is dat de nadruk is komen te liggen op gedragsregels die bij de besluitvorming in acht moeten worden genomen. Het effect van een tegenstrijdig belangssituatie op de vertegenwoordigingsbevoegdheid is uit de regeling in Boek 2 BW geschrapt. De tweede ingrijpende wijziging is dat de algemene vergadering niet langer steeds vooraf bij een voorgenomen tegenstrijdig belangstransactie behoeft te worden betrokken. De bestuurder die een tegenstrijdig belang heeft, dient dit te melden bij het bestuur en zich vervolgens van deelname aan de beraadslagingen en besluitvorming over dit onderwerp afzijdig te houden. Het bestuur is vervolgens autonoom bevoegd om hierover te beslissen. Brengt een en ander mee dat het bestuur hierdoor niet mag besluiten, bijvoorbeeld in de situatie dat alle bestuurders geconfronteerd, dan is de raad van commissarissen bevoegd.³⁵ Ontbreekt een raad

30 OK 26 mei 1983, NJ 1984, 481 (Linders/Hofstee); OK 17 april 1997, JOR 1997/81; HR 19 januari 1990, NJ 1990, 466 (Ogem); OK 26 september 1991, NJ 1992, 310 (VHS).

31 Zie o.m. *Kamerstukken II* (2006-2007), 31 058, nr. 3, p. 28, 29. *Kamerstukken II* (2007-2008), 31 058, nr. 6, p. 50; *Kamerstukken I* (2011-2012), 31 058, nr. E, p. 14.

32 Mijns inziens moet worden aangenomen dat ook een orgaan dat op grond van de wet of statuten bevoegd is tot vertegenwoordiging in tegenstrijdig belangssituaties, de bestuurder machtiging kan verlenen om de rechtshandeling te verrichten. Bij vennootschappen gaat het dan als regel om de raad van commissarissen.

33 In het geval vertegenwoordigingsbevoegdheid ontbrak, kan de algemene vergadering de rechtshandeling ook bekrachtigen. Zie HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519 m.nt. Ma (Duplicado/Goedkoop qq).

34 HR 11 september 1998, NJ 1999, 171 m.nt. Ma (Mediasafe II).

35 Zie art. 2:239 lid 6 BW.

van commissarissen of zijn ook alle commissarissen geconflieerd, dan is de algemene vergadering bevoegd. In dit laatste geval kunnen echter de statuten een afwijkende regeling geven.³⁶ Deze mag inhouden dat het bestuur zelf bevoegd is te besluiten.

Beoordeelt men de oude en de nieuwe regel tegen het licht van de doelstelling van de tegenstrijdig belangregeling – het bewaken en bevorderen van de zuiverheid en integriteit van bestuurlijk handelen bij tegenstrijdig belangsituaties – dan kan het volgende worden opgemerkt. Ten aanzien van de vraag of onnodige restricties zijn opgeheven, kan worden vastgesteld dat verplichte betrokkenheid van de algemene vergadering is geschrapt. Men kan zich de vraag stellen of dit resulteert in een betere borging van de zuiverheid en integriteit van het bestuurlijk handelen in tegenstrijdig belangsituaties. De vraag stellen is haar beantwoorden. Het is voor leden van het bestuur moeilijker om een transactie objectief te beoordelen indien een van hen daarbij partij is.³⁷ Juist de betrokkenheid van de algemene vergadering – of een ander van het bestuur onafhankelijk orgaan – noopt ertoe openheid te betrachten en dwingt het bestuur ertoe om het voornemen om een tegenstrijdig belangtransactie te verrichten zorgvuldig te overwegen en onderbouwen.³⁸ Vanuit oogpunt van integriteit en zuiverheid van bestuurlijk handelen is hiervan meer te verwachten dan het in de besloten kring van het bestuur afkaarten van de kwestie.

Terzijde merk ik op dat in de memorie van toelichting als zwak punt in de oude regeling werd aangemerkt dat zij toestond dat hiervan bij statuten kon worden afwijken. “Uit beschermingsoogpunt enigszins merkwaardig is verder dat de statuten een andere regeling kunnen inhouden en de aandeelhouders een andersluidend besluit kunnen nemen, zelfs een besluit waarbij de bestuurder ondanks het tegenstrijdig belang vertegenwoordigingsbevoegd blijft. De statutaire regeling kan de vertegenwoordigingsbevoegdheid evenwel ook aan de bestuurder toekennen. Aldus behoeft de vennootschap niet te worden beschermd tegen beïnvloeding van de oordeelsvorming door een bestuurder indien de vennootschap besluit dat zij deze bescherming niet wenst, ook in het geval dat een minderheidsaandeelhouder daarbij juist veel baat zou – menen te – kunnen hebben.”³⁹ De bescherming zou aldus kunnen worden weggeschreven hetgeen als onwenselijk werd betiteld. Dit betrof echter slechts de kwestie van de vertegenwoordigingsbevoegdheid. Zoals hierboven is uitgelegd was de regel dat de algemene vergadering in de voorfase moest worden geïnvolveerd dwingendrechtelijk van aard. De ironie wil dat juist de nieuwe regeling in situaties waarin alle bestuurders en commissarissen zijn geconflieerd, situaties waarin het er echt toe doet, betrokkenheid van de algemene vergadering of een ander orgaan geheel kan worden weggeschreven.

Dan het tweede toetsingscriterium. Draagt een mogelijke persoonlijke aansprakelijkheid van de bestuurders vanuit de optiek van de doelstelling van de regeling bij

³⁶ Zie art. 2:129/239 lid 6 en art. 2:140/250 lid 5 BW.

³⁷ Zie voor een uitgebreide beschouwing hierover B.F. Assink, ‘Samenwerking in het bestuur’, in: *Samenwerken in het Ondernemingsrecht*, IVO-serie dl 80, Kluwer, 2011, p. 13 e.v.

³⁸ vgl. C.A. Schwarz, ‘Tegenstrijdig belang in beweging; enige actuele ontwikkelingen in rechtspraak en wetgeving’, *TvOB* 2008, p. 74 e.v.

³⁹ *Kamerstukken II* (2008-2009) 31 763, nr. 3, p. 11.

tot een billijker uitkomst dan ongeldigheid van de rechtshandeling? Bij de beantwoording van deze vraag spelen twee aspecten. Het eerste is of externe werking van een belangenconflict op de positie van de wederpartij tot onbillijke resultaten leidde. Het tweede is of sanctionering via schadeplichtigheid functioneler is om de doelstelling van de regeling te realiseren.

Voor wat betreft het eerste aspect is al besproken dat externe werking afhankelijk was van de goede trouw van de wederpartij en dat dit in het privaatrecht een algemeen aanvaard criterium is bij de vraag of een wederpartij bescherming toekomt tegen onbevoegdheid. Uit de memorie van toelichting wordt inmiddels het aspect van de externe werking wel als een van de gronden voor wijziging van de regeling aangevoerd.

“De derde moet op grond van het huidige recht de onbevoegdheid van een bestuurder tegen zich laten gelden indien hij van het tegenstrijdige belang op de hoogte was of had moeten zijn. Vooral die laatste mogelijkheid leidt tot onzekerheid voor contractspartijen. Een dergelijke rechtsonzekerheid acht ik niet wenselijk. Ik meen dat de vennootschap haar belangen voldoende kan behartigen met een beroep op de eerdergenoemde artikelen 2:9 en 2:15 BW, waardoor de aanwezigheid van een tegenstrijdig belang intern wordt afgewikkeld.”⁴⁰

In dit kader wordt derhalve de rechtszekerheid in de argumentatie opgevoerd. Uit diezelfde parlementaire geschiedenis blijkt echter ook dat wederpartijen die ten aanzien van het tegenstrijdig belang niet te goeder trouw waren, door de nieuwe regeling niet worden beschermd. Op een wederpartij die weet of behoort te weten van het tegenstrijdig belang rust zelfs een onderzoeksplicht of de interne regels wel zijn nageleefd.

Zo blijkt uit het hier volgende citaat. “In verband met artikel 2:129/239 lid 5 BW vragen deze leden of van een wederpartij als regel mag worden verwacht dat hij navraag doet of de interne procedures voor besluitvorming zijn gevolgd. Zij informeren of het verschil maakt wanneer de wederpartij redenen heeft om te vermoeden dat interne procedures niet zijn gevolgd. Ook vragen zij of de wederpartij onrechtmatig handelt jegens de vennootschap indien hij een rechtshandeling aangaat terwijl hij wist dat interne procedures niet zijn gevolgd. Voor een derde, die bijvoorbeeld een contract aangaat met de vennootschap, geldt dat hij normaliter mag afgaan op de inschrijving van de vennootschap in het handelsregister om te bepalen of een bestuurder tot vertegenwoordiging van de vennootschap bevoegd is. Hij behoeft in het algemeen geen navraag te doen over interne procedures van de vennootschap. Dat is echter anders wanneer de derde wist of moest weten van een tegenstrijdig belang van de bestuurder. In dat geval is er geen reden om de derde te beschermen; de derde heeft niet het recht om misbruik te maken van het niet naleven van interne afspraken in het geval hij een contract aangaat met de vennootschap. Zou een derde welbewust profiteren van de wanprestatie van de bestuurder jegens de vennootschap, dan handelt de derde onrechtmatig. Indien het

40 Zie *Kamerstukken I* (2008-2009) 31 763, C, p. 7.

onrechtmatige handelen van de derde schade heeft toegebracht aan de vennootschap, kan de derde aansprakelijk zijn op grond van artikel 6:162 BW.”⁴¹

Indien een wederpartij niet heeft voldaan aan zijn onderzoeksplicht, dan kan dit ook onder de nieuwe regeling consequenties hebben voor de geldigheid van rechtshandeling c.q. de mogelijkheid om hiervan nakoming te verlangen. Indien de wetgever rechtszekerheid had willen bereiken, dan had een en ander aldus moeten worden geredigeerd dat schending van de voorgeschreven gedragsregels louter interne werking heeft. Overigens wil ik niet gezegd hebben dat ik hier een voorstander zou zijn. Wel betwijfel ik of het opvoeren van rechtszekerheid als argument hier zuiver is geschied.

In aanvulling op hetgeen de minister heeft geschreven in het bovenstaande citaat, bestaat naar moet worden aangenomen de mogelijkheid om ook op basis van algemene leerstukken als misbruik van bevoegdheid, de beperkende werking van de eisen van redelijkheid en billijkheid en onrechtmatige daad, de ongeldigheid van de rechtshandeling in te roepen (art. 3:13 BW) of te verhinderen dat daarvan nakoming kan worden verlangd (art. 6:2/248 lid 2 BW) c.q. te bewerkstelligen dat de gevolgen van de rechtshandeling ongedaan worden gemaakt (art. 6:162 jo. art. 6:103 BW).

Voor wat betreft de sanctionering meld ik voor de volledigheid dat uit de wetgeschiedenis kan worden afgeleid dat een besluit dat is genomen in strijd met de bovenbeschreven regels, vernietigbaar zou zijn. Omdat vernietiging geen invloed heeft op de geldigheid van de rechtshandeling noch voor de mogelijkheid tot aansprakelijkstelling,⁴² moet echter worden betwijfeld of het voor vernietiging vereiste (processuele) belang kan worden aangetoond.⁴³

Wij kunnen derhalve concluderen dat het oogmerk van de nieuwe regeling niet is het bieden van bescherming aan wederpartijen die niet te goeder trouw zijn. De wetgever lijkt aldus impliciet van oordeel te zijn dat onder de oude regeling de wederpartij te goeder trouw niet of niet steeds adequaat was beschermd.

Dit laatste is naar ik meen inderdaad geval. De Hoge Raad heeft op dit onderdeel een te formalistische lijn uitgezet waar het de (toerekenbare schijn) van machtiging door de algemene vergadering betreft. Deze lijn hield in dat ook indien de bestuurder tevens enig aandeelhouder was van de vennootschap, hij in hoedanigheid van aandeelhouder expliciet goedkeuring moest verlenen voor het verrichten van de transactie. Deze formalistische benadering, die een breuk vormde met voordien bestaande jurisprudentie,⁴⁴ deed de Hoge Raad rusten op het beschermingskarakter van de regeling.⁴⁵ Deze lijn gaf de aanzet tot forse tot kritiek op de tegenstrijdige regeling als zodanig en in

41 Zie *Kamerstukken I* (2008-2009) 31 763, C, p. 9.

42 Zie *Kamerstukken I* (2008-2009) 31 763, C, p. 8.

43 Zie over het vereiste processuele belang o.m. HR 19 mei 1989, NJ 1989, 652 (Dekker-Lucasvereniging); HR 29 februari 1992, NJ 1992, 458 m.nt. Ma (Koelman-Buma).

44 Zie o.m. HR 31 oktober 1951, NJ 1952, 67 (betreffende de aanwijzing van de enig aandeelhouder als bijzonder vertegenwoordiger); HR 4 juni 1976, NJ 1977, 336 (Frank Liberty II) en HR 21 april 1978, NJ 1978, 453 m.nt. B.W. (Frank Liberty III).

45 Zie HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519 m.nt. Ma (Duplicado/Goedkoop q.q.); HR 14 juli 2006, NJ 2006, 570, m.nt. Ma (ABN AMRO BANK/Dijkema qq).

het bijzonder dat het kon leiden vertegenwoordigingsonbevoegdheid.⁴⁶ De kwestie dat onderscheid had moeten worden gemaakt tussen de situatie dat de schijn van bevoegdheid c.q. machtiging is gewekt en dat de wederpartij verwijtbaar niet te goeder trouw is, is in het debat verloren gegaan en is ook door de wetgever uit het oog verloren.⁴⁷

Een van de effecten van de nieuwe regeling is dat ten aanzien van een wederpartij die ten aanzien van het tegenstrijdig belang niet te goeder trouw is en die niet heeft voldaan aan zijn onderzoeksplicht, c.q. wist of behoorde te weten dat aan de interne regels niet is voldaan, de gevolgen daarvan niet eenduidig zijn. De rechter moet steeds in het concrete geval beoordelen wat de gevolgen zijn. Ongeldigheid van de rechtshandeling is er daar een van, maar andere sancties zijn mogelijk. Of dit bijdraagt tot billijker resultaten is bezien vanuit het beschermingskarakter van de regeling de vraag. Veel zal afhangen van hoe de jurisprudentie zich zal ontwikkelen. Dat hiermee rechtszekerheid wordt bewerkstelligd, zoals gesuggereerd in de memorie van toelichting, zou ik evenwel niet willen zeggen.

Een interessante vraag is bijvoorbeeld of in een casus zoals die aan het Mediasafe-arrest ten grondslag lag, de bank onder de nieuwe regeling vrijuit zou zijn gegaan. Dat de bank wist of behoorde te weten van het tegenstrijdig belang leidt geen twijfel. Op haar rustte derhalve een onderzoeksplicht. De bank was bovendien als geen ander op de hoogte van de gevolgen van de gemaakte afspraken voor de overige groepsvennootschappen en kende naar mag worden aangenomen de bijzonderheden omtrent de samenstelling van hun vermogens en wist derhalve van de mogelijke schade die uit de overeenkomst voor hen zou kunnen voortvloeien. Daarbij komt dat de statutaire regeling omtrent het tegenstrijdig belang was opgenomen ter bescherming van bepaalde investeerders, waarvan de bank naar mag worden aangenomen wist of behoorde te weten. Ik betwijfel dan ook of de bank er onder de nieuwe regeling mee zou zijn weggekomen.

Het andere (deel)aspect betreft de vraag of schadeplichtigheid functioneler is dan ongeldigheid van de rechtshandeling. Anders dan onder de oude regeling, treedt de mogelijkheid van interne sanctionering eerst in indien de transactie heeft geleid tot schade voor de rechtspersoon.⁴⁸ Aansprakelijkheid berust dan op art. 2:9 BW; schending van de plicht tot behoorlijke taakvervulling. Zoals bekend leidt onbehoorlijke taakvervulling evenwel niet zonder meer tot een verplichting tot schadevergoeding. Het hiervoor geldende criterium is of geen redelijk denkend bestuurder die op zijn taak is berekend en die zijn taak nauwgezet vervult, de handeling zou hebben verricht. Voorts dient alvorens aan aansprakelijkheid toe te komen, sprake te zijn van ernstig verwijtbaar handelen én schade.

⁴⁶ Zie bijvoorbeeld de annotatie van Leijten bij HR 29 juni 2007, JOR 2007/169.

⁴⁷ De Hoge Raad heeft weliswaar enige jaren later getracht deze lijn weer bij te buigen, maar dit kwam te laat. Zie HR 9 oktober 2009, LJN: BI7129 inzake Bovast Beleggingen/Rosenberg Polak qq en LJN: BI7141 inzake Rosenberg Polak qq/BoVe Holding. Overigens boden ook deze uitspraken niet de gewenste duidelijkheid, waarover W.J.M. van Veen, 'Twee nieuwe arresten inzake vertegenwoordiging bij tegenstrijdig belang', *WPNR* 6850 (2010), p. 559 e.v.

⁴⁸ Aldus ook *Kamerstukken II* (2008-2009) 31 763, nr. 3, p. 13.

De bewijslast ten aanzien van de onbehoorlijke taakvervullingen en het ernstig verwijtbaar handelen wordt naar mag worden aangenomen omgedraaid ten nadele van de bestuurder indien hij het tegenstrijdig belang niet heeft gemeld en/of zich van deelname aan de besluitvorming niet heeft onthouden.⁴⁹ Naar ik meen moet hetzelfde worden aangenomen indien hij de handeling heeft verricht – ervan uitgaande dat hij vertegenwoordigingsbevoegd is – buiten het bestuur om. De regeling is immers weinig zinvol indien zij niet zo moet worden begrepen dat bij tegenstrijdig belang steeds het bestuur moet worden betrokken. In het geval dat alle bestuurders (en zo die er zijn commissarissen) zijn geconfronteerd, hetgeen zich gemakkelijk voordoet bij vennootschappen met één bestuurder, kan op grond van de statuten de desbetreffende bestuurder bevoegd zijn. In dat geval treedt ook de genoemde ‘omkeringsregel’ niet in werking.⁵⁰

Worden onbehoorlijke taakvervulling en ernstig verwijtbaar handelen aangetoond, dan dient vervolgens nog schade te worden aangetoond en de omvang daarvan te worden vastgesteld.⁵¹ Het is de vraag of dit altijd zo eenvoudig is. Niet ieder geval van onbehoorlijke taakvervulling leidt tot schade of schadeplichtigheid en (ook) in de sfeer van de tegenstrijdig belangtransacties kunnen die gevallen zich gemakkelijk voordoen. Stel bijvoorbeeld dat de vennootschap een lening verstrekt aan haar bestuurder maar dat dit is gedaan tegen zakelijke condities. Of dat een computer van de vennootschap tegen boekwaarde is verkocht aan een studierend kind van de bestuurder. Dergelijke transacties kunnen om verschillende redenen vanuit het belang van de rechtspersoon onwenselijk zijn, ook indien zij wellicht geen schade toebrengen. De schade – zo daarvan sprake is – kan bovendien te gering zijn in verhouding tot de kosten om die schade verhaald te krijgen. Om die reden kan het bezien vanuit het belang van de vennootschap onverantwoord zijn om een procedure te starten.

Dit alles legt naar ik meen een fundamentele punt bloot. Het gegeven dat sanctionering eerst effectief kan plaatsvinden indien schade is veroorzaakt, compliceert niet alleen de sanctionering, het verlegt ook de grens vanaf waar corrigerend kan worden opgetreden. Vanuit oogpunt van disciplineren van het bestuur, het waarborgen van de integriteit en zuiverheid van het bestuurlijk handelen bij belangenconflicten, kan dit moeilijk een verbetering worden genoemd.

Inmiddels is in een voorontwerp van wet voorgesteld om eenzelfde regeling voor de vereniging, coöperatie, onderlinge waarborgmaatschappij en stichting in te voeren. Vooral ten aanzien van de non profit organisaties heb ik zo mijn bedenkingen bij de wenselijkheid en effectiviteit van deze regeling. Waar bij de rechtspersoonsvormen als de NV en de BV rechtstreeks financiële belangen van

49 HR 29 november 2002, *LJN* AE7011 (Schwandt/Berghuizer Papierfabriek). T.a.v. deelname aan beraadslagingen kan uit de toelichting worden afgeleid dat dit geen absoluut verbod is. Hij mag mee praten dat kan volgens de minister zelfs bijdragen tot een evenwichtiger oordeel. Stemmen zal hij niet mogen, neem ik aan. Doet hij dat toch maar heeft zijn stem geen effect op de uitkomst van de stemming dan zal dat is de vraag of dit in de jurisprudentie als een de bewijslast verzwarende factor worden aangemerkt.

50 Voor de goede orde wijs ik nog op de regeling van art. 2:137/247 BW, dat sterk vereenvoudigd voorschrijft dat rechtshandelingen tussen de vennootschap en een enig aandeelhouder/bestuurder op straffe van vernietigbaarheid schriftelijk moeten worden vastgelegd. Deze regeling heeft derhalve een beperkt toepassingsbereik.

51 Voor de meer procedurele complicaties G.J.H. van der Sangen, ‘Tegenstrijdigbelangperikelen: the sage continues’, *TvOB* 2010, p. 44 e.v.

aandeelhouders in het geding zijn, kan wellicht worden aangenomen dat de vereiste toewijding en 'risk appetite' aanwezig zijn om een dergelijke procedure te starten en tot een einde te brengen. Bij non profit organisaties zoals verenigingen en stichtingen spelen echter dergelijke belangen niet. De bestuurders zijn bovendien veelal vrijwilligers die hun functie belangeloos vervullen. Voor vrijwillige bestuurders en/of toezichthouders is het voeren van juridische procedures die groot beslag leggen op tijd en energie van de bestuurders en gepaard gaan met een substantiële financiële inzet en navenante risico's voor de rechtspersoon, zeer belastend. Daarbij komt dat voor non profit organisaties met een maatschappelijke doelstelling hogere eisen mogen en wellicht moeten worden gesteld aan de zuiverheid en integriteit van het bestuur. Dit pleit ervoor elke schijn van conflicterende belangen te ecarteren. Het is daarom van belang dat de wet voorziet in een stringente regeling waarbij het schenden van interne voorschriften leidt tot vertegenwoordigingsonbevoegdheid, of althans toelaat dit in de statuten te bepalen.⁵² Vanzelfsprekend dient een wederpartij die niet wist en niet behoefde te weten dat een tegenstrijdig belangssituatie bestond of jegens wie aan de rechtspersoon toe te rekenen schijn dat de onbevoegdheid was opgeheven, adequaat te worden beschermd

Vanuit de doelstelling van de tegenstrijdig belangregeling, zou daarom naar ik meen voor non profit organisaties een andere aanpak voor de hand liggen. In dit verband kan erop worden gewezen dat de wetgever ten aanzien van bepaalde handelingen die kunnen leiden tot schade voor de vereniging/stichting de bestuursbevoegdheid heeft beperkt. Dergelijke beperkingen regaderen ook de vertegenwoordigingsbevoegdheid, tenzij de statuten anders bepalen. Zie art. 2:44/291 lid 2 BW. Deze systematiek leent zich ook voor toepassing op tegenstrijdig belangssituaties. Dit zou erin resulteren dat het aantonen van het bestaan van een tegenstrijdig belang in beginsel voldoende is om de onwenselijke gevolgen ongedaan te maken, indien althans de wederpartij bij die transactie – veelal gaat het om gevallen waarbij de bestuurder of een door hem bestuurde rechtspersoon zelf partij is – niet te goeder trouw is. Aspecten zoals het aantonen dat het besluit niet of niet aldus zou zijn genomen, dat er schade is en het vaststellen wat daarvan de omvang is, zijn dan niet vereist om de onwenselijk geachte gevolgen weg te nemen.

Tot slot de vraag hoe de nieuwe regeling zich verhoudt tot vergelijkbare regelingen elders in het privaatrecht. In dit verband dringt zich de vergelijking op met de tegenstrijdig belangregeling bij volmacht en lastgeving. Ingevolge deze regelingen is een gevolmachtigde/lasthebber niet bevoegd om zelf als wederpartij van de principaal op te treden. Het zogenoemde verbod op Selbsteintritt. Dit is slechts anders indien daartoe machtiging is verleend of een conflict van belangen is uitgesloten.⁵³ Dit roept de vraag op waarom toepassing van deze regel niet zou

52 Hieraan bestaat ook behoefte in de maatschappij getuige o.m. de door het Centraal Bureau Fondsenwerving (CBF) gehanteerde keurmerkcriteria. Deze bevatten zowel een regeling omtrent de besluitvorming bij tegenstrijdig belang - die overeenkomt met de wet op genomen regeling-, als omtrent de vertegenwoordigingsbevoegdheid bij tegenstrijdig belang.

53 Zie art. 3:68 BW resp. 7:416 BW.

moeten of kunnen gelden bij vertegenwoordiging door bestuurders van rechtspersonen.

Daartoe is wel aangevoerd dat het gegeven dat wilsvorming/besluit en vertegenwoordiging/uitvoering samen komen in één orgaan, zijnde het bestuur, aan analoge toepassing van de genoemde regelingen uit het gemene vertegenwoordigingsrecht in de weg staan.⁵⁴ Maar komen bij volmacht/lastgeving de besluitvorming omtrent het aangaan van de transactie en het verrichten van de vertegenwoordigingshandeling niet samen bij één figuur, zijnde de gevolgmachtigde? Het bestuur heeft inderdaad een autonomere positie dan de gevolgmachtigde, maar vanuit het oogpunt van de regeling – het bevorderen van optimale behartiging van de belangen principaal – zie ik hierin eerder een pleidooi voor analoge toepassing bij rechtspersonen dan dat het zich daartegen verzet. Het staat immers de rechtspersoon anders dan de gewone volmachtgever/lastgever niet vrij de vertegenwoordigingsbevoegdheid te beperken tot bepaalde specifieke rechtshandelingen. De rechtspersoon heeft daardoor niet de mogelijkheid de risico's te beperken zoals dat bij volmacht/lastgeving wel het geval is. Dat wilsvorming/beslissingsbevoegdheid in tegenstrijdig belangsituaties exclusief bij het bestuur zou moeten liggen, is overigens niet vanzelfsprekend. Onder de oude regeling was dit niet het geval doordat – zoals boven toegelicht – de algemene vergadering (exclusieve) beslissingsbevoegdheid van het bestuur kon blokkeren. Nog afgezien van de wettelijke 'escalatieregeling', komt mij voor dat een statutaire goedkeuringsregeling nog steeds mogelijk is. Ik zou nog verder willen gaan. Zoals hierboven is gebleken, is het oogmerk van de nieuwe regeling nadrukkelijk niet om een wederpartij die niet te goeder trouw is bescherming te bieden. Hiermee laat de wetgever mijns inziens ruimte voor analoge toepassing van de regeling betreffende *Selbsteintritt* bij de NV en de BV in het geval dat een bestuurder⁵⁵ namens de rechtspersoon met zichzelf een tegenstrijdig belangtransactie verricht. De tijd zal leren of de rechtspraak zich in deze, mijns inziens vanuit het oogpunt van de doelstelling van de regeling wenselijke richting, zal ontwikkelen.

Samenvattend heeft de wetgever met de nieuwe regeling wellicht beoogd rechtszekerheid te dienen, maar door te benadrukken dat op een wederpartij die weet of behoort te weten van het tegenstrijdig belang een onderzoeksplicht rust of de interne regels zijn nageleefd – een standpunt dat vanuit billijkheidsoogpunt overigens goed te begrijpen is –, wordt (ook) rechtsonzekerheid binnen gehaald. Voor wat betreft de interne verhoudingen is helder dat de nieuwe regeling minder waarborgen bevat voor een zorgvuldige besluitvorming dan de oude regeling. Daarbij komt dat sanctionering via bestuurdersaansprakelijkheid niet alleen sanctionering compliceert maar ook de norm verlegt waaraan het handelen wordt getoetst. Vanuit het oogpunt van de doelstelling van de regeling, is ten aanzien van de externe noch de interne verhouding naar ik meen niet zo gemakkelijk aan te geven waarom dit tot betere resultaten leidt.

54 A.F. Verdam, Inhoud en reikwijdte van de nieuwe tegenstrijdig belang-bepaling voor kapitaalvennootschappen, en haar betekenis voor de stichting, in: *Met recht betrokken (liber amicorum T.J. van der Ploeg)*, Kluwer, Deventer 2012, p. 403.

55 Hieronder mede te verstaan een andere rechtspersoon waarvan de desbetreffende bestuurder enig bestuurder/aandeelhouder is.

5. Afronding

Ik begon deze beschouwing met de opmerking dat rechtszekerheid in het rechtspersonenrecht een belangrijke rol speelt. Om rechtspersonen goed te laten functioneren is het van belang dat de verantwoordelijkheden en bevoegdheden van degenen die bij de organisatie zijn betrokken zo eenduidig mogelijk zijn vastgelegd. Dit pleit voor strikte regels waar mogelijk en adequate disciplinerende.

Inmiddels lijkt het vertrouwen in die strikte regels wat aan erosie onderhevig te zijn. De oorzaak hiervan ligt als ik het goed zie in het feit dat uit de rechtspraak blijkt dat soms ook handelen binnen de strikte regels in strijd is met algemene zorgvuldigheidsnormen. Hieruit wordt dan afgeleid dat strikte regels – ook wel aangeduid als ‘digitaal’ vennootschapsrecht – overbodig of zelfs niet functioneel zouden zijn omdat op basis van zorgvuldigheidsnormen – ‘analoog’ vennootschapsrecht⁵⁶ – een beter resultaat zou kunnen worden bereikt.⁵⁷

Mijn bevindingen zijn dat dit niet zonder meer het geval is. Het gegeven dat handelen binnen de formele kaders onder omstandigheden toch onrechtmatig kan zijn, wil niet zeggen dat de regel niet functioneel is. Digitale voorschriften – om die term maar te gebruiken – geven degenen die bij de organisatie zijn betrokken structuur bij de uitoefening van hun functies en faciliteren daarmee ook de controle daarop. Zij dragen daardoor bij aan de rechtszekerheid en de disciplinerende van betrokkenen. Digitale voorschriften zijn in dit opzicht efficiënter ter bevordering van het goed functioneren van rechtspersonen dan analoge voorschriften.

Dat hieraan behoefte bestaat blijkt onder meer uit de uitbundige groei en het toenemend belang van governance codes. De weinig precieze voorschriften omtrent bestuur en toezicht worden in deze codes omgezet in gedetailleerde regels. Om maar even in de beeldspraak te blijven, zou men het wellicht zo kunnen zeggen dat analoge voorschriften aanzetten tot digitalisering.

De toepassing van zorgvuldigheidsnormen en andere algemene noties zoals de redelijkheid en billijkheid in het rechtspersonenrecht vormen inmiddels wel een betekenisvolle aanvulling voor die bijzondere gevallen waarin de strikte regels niet tot billijke resultaten leiden. Dit doet inmiddels aan het nut van die strikte regels niet af. In mijn optiek is er ook geen tegenstelling tussen ‘digitale’ en ‘analoge’ voorschriften. Zij hebben elk een verschillende functie bij de normering van de verhoudingen binnen de rechtspersoon. De een kan de ander niet vervangen.

In hoeverre schending van die voorschriften – of het nu digitale of analoge voorschriften zijn – gevolgen heeft voor rechtsverhoudingen die namens de rechtspersoon met anderen zijn aangegaan is een andere kwestie. Hier moet een afweging

56 De terminologie is gemunt door L. Timmerman, ‘Van digitaal naar analoog vennootschapsrecht en de gevolgen daarvan voor de concurrentie tussen rechtssystemen’, *Ondernemingsrecht* 2003, p. 38 e.v.

57 Vlg. *Kamerstukken II* (2006-2007), 31 058, nr. 3, p. 31 en daar genoemde literatuur.

worden gemaakt of de rekening bij de rechtspersoon of de wederpartij behoort te liggen. Het ligt voor de hand dat bij deze afwegingen de goede trouw een rol speelt. Rechtszekerheid kan hier desgewenst worden nagestreefd door de onderzoeksplicht die op de wederpartij rust in te perken en/of een begrenzing te stellen aan de termijn waarbinnen het gebrek jegens de wederpartij kan worden ingeroepen. De wetgever heeft hiertoe de nodige instrumenten tot zijn beschikking (§ 2).

Uit de in deze beschouwing besproken voorbeelden blijkt dat de wetgever gekozen heeft voor een ander type regeling waarbij te gemakkelijk is aangenomen dat hiermee de doelstellingen even goed of zelfs beter kunnen worden bewerkstelligd. De rechtszekerheidskaart is hierbij naar ik meen wel eens wat te gemakkelijk gespeeld. Rechtszekerheid heeft verschillende dimensies en kan met verschillende technieken worden nagestreefd. Dit alles moet in het wetgevingsproces in de beoordeling worden betrokken. Daarbij moet ook in het oog gehouden worden dat rechtszekerheid geen doel op zich is.

De wetgever doet er goed aan zorgvuldiger te analyseren of een ander type regeling inderdaad leidt tot een beter resultaat, alvorens tot wijziging van de regeling over te gaan. Het vervangen van strikte normen door open normen en/of een andere handhavingstechniek leidt – zo mag uit het bovenstaande worden afgeleid – niet vanzelfsprekend tot een beter of billijker resultaat.

Twée vliegen in één klap: rechtszekerheid én flexibiliteit in het auteursrecht

Prof. dr. M.R.F. Senftleben¹ en mr. drs. L. Anemaet²

1. Inleiding

Inmiddels alweer een aantal jaren geleden deed het Hof Arnhem een opzienbarende uitspraak: een zoekmachinedienst mag foto's en bijbehorende teksten uit advertenties van makelaars overnemen, zelfs als er geen inhoudelijke bespreking van die foto's en teksten plaatsvindt, iets wat voorheen wel degelijk een vereiste was.³ Zo mocht bijvoorbeeld alleen een illustratie uit een besproken boek worden afgedrukt in de krant, indien dit gebeurde in een bepaalde context, zoals een boekbespreking.⁴ Een zoekmachinedienst als Zoekallehuizen.nl had evenwel geen vergelijkbare context waarop hij een beroep kon doen, het enige wat deze dienst deed en doet is zoeken in het woningaanbod van Nederlandse makelaars en het weergeven van de zoekresultaten, zoals een woningomschrijving, een prijs, een hyperlink en een bijpassende foto zonder een eigen bespreking aan te bieden. Toch was dit geen probleem volgens het Hof, omdat deze activiteit wel kon worden vergeleken met het citeren uit een werk ten behoeve van een aankondiging ervan, omdat er wordt aangekondigd wat de bezoeker te zien krijgt als hij de hyperlink volgt en omdat daarnaast het traditionele contextvereiste zou zijn afgezwakt.⁵ Deze bijzondere zaak illustreert het dilemma waar nationale rechters in auteursrechtelijke zaken vaak mee worstelen: enerzijds een flexibele toepassing van traditionele begrippen, zoals het citaatrecht, in het licht van nieuwe technologische ontwikkelingen, anderzijds het prijsgeven van rechtszekerheid die middels het vasthouden aan traditionele voorwaarden, zoals het contextvereiste, gewaarborgd zou kunnen worden.⁶

¹ Hoogleraar Intellectuele eigendom en Directeur, Kooijmans Instituut voor Law en Governance, Vrije Universiteit Amsterdam; Of Counsel, Bird & Bird, Den Haag.

² Docent/onderzoeker Intellectuele eigendom, Vrije Universiteit Amsterdam.

³ Hof Arnhem 4 juli 2006, *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 2007, p. 93, m.nt. K.J. Koelman (*Zoekallehuizen.nl*).

⁴ Hoge Raad 26 juni 1992, *Nederlandse Jurisprudentie* 1993, nr. 205, m.nt. D.W.F. Verkade (*Damave/Trouw*). Voor een overzicht van de ontwikkeling van het citaatrecht in Nederland, zie M.R.F. Senftleben, "Quotations, Parody and Fair Use", in: P.B. Hugenholtz/A.A. Quaadvlieg/D.J.G. Visser (red.), *A Century of Dutch Copyright Law – Auteurswet 1912-2012*, Amstelveen: deLex 2012, p. 359.

⁵ Hof Arnhem 4 juli 2006, *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 2007, p. 93, m.nt. K.J. Koelman, r.o. 4.8 (*Zoekallehuizen.nl*).

⁶ Voor een rechtsvergelijkende analyse van dit fenomeen in verschillende EU-lidstaten, zie M.R.F. Senftleben, "Internet Search Results – A Permissible Quotation?", *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 235 (2013), p. 3.

Het uitgangspunt in dergelijke discussies vormt de Auteurswet (Aw). Indien we deze wet erbij pakken, wordt direct aan het begin duidelijk aan welke centrale elementen in het auteursrecht dient te worden getoetst. Volgens artikel 1 Aw is het auteursrecht

het uitsluitend recht van den maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen, bij de wet gesteld.

De auteursrechthebbende beschikt dus over verschillende exploitatierechten, te weten het openbaarmakings- en het verveelvoudigingsrecht. Niet alle vormen van gebruik zijn echter exclusief voorbehouden aan de auteur. De wetgever behoudt zich namelijk het recht voor om het auteursrecht in bepaalde opzichten te beperken. Het auteursrecht kan bijvoorbeeld worden beperkt indien het publieke belang om bepaalde gebruikshandelingen vrij te laten zwaarder weegt dan de doelstellingen die het auteursrecht nastreeft. Een goed voorbeeld is het citaatrecht waar Zoekalhuizen.nl een beroep op deed. Met de verlening van exclusieve rechten beoogt de wetgever de investeringen in de creatie van nieuwe literaire en artistieke werken te stimuleren en de creatieve arbeid van de individuele maker te vergoeden. Daarnaast zijn echter beperkingen van het auteursrecht door de wetgever in het leven geroepen om de vrijheid van meningsuiting en – in algemenere zin – de verspreiding en uitwisseling van informatie te bevorderen.⁷

De citaatvrijheid, het recht om parodieën van een werk te maken, gebruiksprivileges voor de pers, de vrijstelling van gebruik voor het onderwijs en door archieven, musea en bibliotheken, gebruiksprivileges voor gehandicapten en de vrijheid om een werk voor eigen studie, oefening en privégebruik te mogen verveelvoudigen, kunnen als voorbeelden dienen.⁸ Het behoeft geen nader betoog dat dergelijke gebruiksprivileges in de huidige informatiesamenleving alleen maar belangrijker zijn geworden. Zonder toegang tot diverse informatiebronnen is de burger nauwelijks in staat om zijn talenten te ontplooiën en op een verantwoorde manier bij te dragen aan maatschappelijke ontwikkelingen. Het vinden van de juiste balans tussen de bescherming van auteursrechten enerzijds en de waarborging van de informatievrijheid anderzijds is tegen deze achtergrond een kunst apart. Zelfs wanneer men het eens is over de noodzaak om het auteursrecht af te wegen tegen de informatievrijheid, resteert nog steeds de vraag waar de scheidslijn tussen bescherming en vrijheid precies moet worden getrokken. Het bovenstaande voorbeeld

⁷ Over de noodzaak van een balans in het auteursrecht, zie R.M. Hilty/A. Peukert, *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Baden-Baden: Nomos 2004; T. Dreier, "Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights?", in: R. Dreyfuss/D. Leenheer-Zimmerman/H. First (eds.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property. Innovation Policy for the Knowledge Economy*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 295; C. Geiger, "The Social Function of Intellectual Property Rights, Or how Ethics can Influence the Shape and Use of IP law", in: G.B. Dinwoodie (red.), *Intellectual Property Law: Methods and Perspectives*, Cheltenham: Edward Elgar, 2014; H. Grosse Ruse-Khan, "Proportionality and Balancing within the Objectives for Intellectual Property Protection", in: P. Torremans (red.), *Intellectual Property and Human Rights*, Austin/Boston/Chicago/New York: Kluwer law International 2008, p. 161.

⁸ Voor een overzicht van in de EU toegestane beperkingen van het auteursrecht zie artikel 5 van de Auteursrecht-richtlijn 2001/29. Voor de catalogus van beperkingen in het Nederlandse auteursrechtstelsel zie § 6 van de Auteurswet, art. 15 e.v.

illustreert maar al te goed dat deze belangenafweging niet altijd gemakkelijk te maken is: de rechter was zich wel degelijk van bewust dat het vasthouden aan een strikte citaatexceptie de informatievrijheid in de maatschappij te zeer zou kunnen belemmeren.

De schemerige scheidslijn tussen de auteursrechtelijke bescherming enerzijds en de informatievrijheid anderzijds roept verschillende vragen op. Want welke groepen en instellingen in de samenleving zouden bijvoorbeeld in aanmerking moeten komen voor een gebruiksprivilege? En welke gebruiksvormen dienen vrij te blijven? Daarnaast mogen belangrijke procedurele aspecten niet uit het oog worden verloren. Is bijvoorbeeld bescherming de regel en vrijheid een uitzonderingsgeval? Betekent dit dat de rechten van auteurs ruim en de beperkingen van deze rechten juist eng dienen te worden uitgelegd? Dient nu de auteursrechthebbende bewijs te voeren voor het bestaan van auteursrechten of dient juist de gebruiker bewijs te voeren voor het niet-bestaan van deze rechten?

Kortom: hoeveel rechtszekerheid hebben de individuele maker en de creatieve industrie nodig om tot nieuwe literaire en artistieke producties te komen? Hoe betrouwbaar moet de mogelijkheid zijn om het auteursrecht ook daadwerkelijk te kunnen exploiteren? En aan de andere kant: hoeveel rechtszekerheid hebben burgers en geprivilegieerde instellingen nodig om effectief gebruik te kunnen maken van beperkingen van het auteursrecht? Hoe betrouwbaar moet de wettelijk omschreven ruimte voor vrij gebruik in de praktijk zijn? De twee grote juridische tradities van het auteursrecht – het Anglo-Amerikaanse *copyright* en het continentaal-Europese *droit d'auteur* – hebben verschillende strategieën ontwikkeld om deze vragen bevredigend te kunnen beantwoorden. Een nadere analyse van beide strategieën (par. 2) laat evenwel zien dat voor de beantwoording van al deze vragen een verdere afweging centraal staat: tussen rechtszekerheid aan de ene kant en flexibiliteit aan de andere kant.

In een tijd van snelle technologische ontwikkelingen, met name in de digitale omgeving, is het niet voldoende om rechten en beperkingen nauwkeurig te definiëren en daarmee voor maximale rechtszekerheid te zorgen. Het beschermingssysteem moet veeleer in staat zijn om flexibel in te spelen op technische, sociale en culturele randvoorwaarden die snel kunnen veranderen. Idealiter biedt het auteursrecht dus niet alleen rechtszekerheid voor rechthebbenden en gebruikers, maar zeker ook voldoende flexibiliteit. De balans tussen rechten en vrijheden in het auteursrecht zou ook bij snel veranderende omstandigheden gewaarborgd moeten zijn en aan gewijzigde omstandigheden aangepast moeten kunnen worden. Het bestaande wettelijke kader in de EU voldoet echter niet aan deze basisvoorwaarde die een doelmatige auteurswetgeving in de informatiemaatschappij zou moeten garanderen (par. 3). Met een weinig omvangrijke wetwijziging zou evenwel het actuele disfunctionele wettelijke kader gemoderniseerd kunnen worden (par. 4). Het resultaat zou EU-wetgeving zijn die de nationale wetgever in staat stelt om zowel voor de nodige rechtszekerheid alsook voor voldoende flexibiliteit te zorgen (par. 5).

1. Twee juridische tradities

Alhoewel internationale wetgeving en harmonisatie hebben geleid tot een markante samensmelting van het Anglo-Amerikaanse copyright en het continentaal-Europese droit d'auteur, volgen beide tradities tot op de dag van vandaag ten aanzien van de beperkingen in het auteursrecht een zeer verschillende benadering: terwijl de continentaal-Europese landen hebben gekozen voor een gesloten stelsel waarin de beperkingen zorgvuldig zijn gedefinieerd, heeft het Anglo-Amerikaanse copyright de voorkeur gegeven aan een open *fair-use* stelsel, waarin het aan de rechters wordt overgelaten om in individuele gevallen te beslissen of een beperking van toepassing is of niet.

Dat de continentaal-Europese droit d'auteur wat betreft de beperkingen sterk verschilt van de Anglo-Amerikaanse pendant, is goed te zien aan artikel 5 van de Auteursrechtlijn (ARL),⁹ waarin de verschillende vormen van specifieke beperkingen op het auteursrecht zijn uiteengezet. Van deze verschillende typen beperkingen dient slechts één beperking verplicht te worden opgenomen in nationale wetgeving, dat is de beperking voor het maken van tijdelijke kopieën;¹⁰ alle andere beperkingen zijn optioneel en hoeven dus door de lidstaten niet te worden overgenomen. Voorbeelden van optionele beperkingen op het auteursrecht zijn: privékopie; bibliotheek-, museum- en archiefgebruik; tijdelijke vastlegging voor uitzending; ziekenhuis- en gevangenisuitzending; gebruik als toelichting bij het onderwijs of ten behoeve van de wetenschap; gebruik ten behoeve van gehandicapten; gebruik voor citaten, karikaturen, parodieën en pastiches; gebruik ten behoeve van de openbare veiligheid en administratieve, parlementaire of gerechtelijke procedures; gebruik van politieke toespraken en openbare lezingen; gebruik tijdens religieuze bijeenkomsten of door de overheid georganiseerde officiële bijeenkomsten; gebruik van bouwwerken gemaakt om permanent in openbare plaatsen te worden ondergebracht; het incidentele verwerken van een werk of materiaal in ander materiaal; gebruik voor reclame voor openbare tentoonstellingen en openbare verkopen van artistieke werken; gebruik met het oog op demonstratie of herstel van apparatuur; gebruik voor de wederopbouw van gebouwen; en gebruik in andere, minder belangrijke gevallen.¹¹

De Anglo-Amerikaanse traditie wordt daarentegen vooral gekenmerkt door de *fair-use* doctrine, een doctrine die zich sterk heeft ontwikkeld in de Verenigde Staten. Een belangrijke *fair-use* bepaling in de Amerikaanse Auteurswet is artikel 107, waarin de verschillende vormen van de beperkingen in tegenstelling tot artikel 5 Auteursrechtlijn juist open zijn gelaten. Deze bepaling staat het gebruik van auteursrechtelijk beschermd materiaal zonder toestemming van de auteursrecht-hebbende toe met het oog op verscheidene doelen, "such as criticism, comment,

9 Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (OJ 2001 L 167, 10).

10 Artikel 5 lid 1 Auteursrechtlijn.

11 Artikel 5 Auteursrechtlijn.

news, reporting, teaching [...], scholarship, or research.”¹² Om de beoordeling van de rechter in individuele, concrete gevallen goed te kunnen stroomlijnen, zijn er vier factoren opgenomen in deze bepaling die door de rechter naast eventuele andere relevante overwegingen, in aanmerking dienen te worden genomen bij de beoordeling:

- (1) het doel en het karakter van het gebruik, inclusief of een dergelijk gebruik een commercieel karakter heeft of niet-commerciële educatieve doeleinden nastreeft;
- (2) de aard van het auteursrechtelijk beschermde werk;
- (3) de omvang en het belang van het overgenomen deel in verhouding tot het beschermde werk als geheel; en
- (4) het effect van het gebruik op de potentiële markt voor de waarde van het auteursrechtelijk beschermde werk.¹³

Met behulp van dit juridische kader en de bestaande rechtspraak passen rechters uit de Verenigde Staten een *case-by-case* analyse toe om vast te stellen of een bepaald gebruik is toegestaan zonder dat toestemming van de auteur nodig is.¹⁴

Beide juridische tradities regelen de beperkingen op het auteursrecht dus geheel anders. Deze verschillen zijn evenwel goed te verklaren. Beide benaderingen zijn namelijk gebaseerd op een andere theoretische grondslag. Het Anglo-Amerikaanse copyright is gestoeld op het *common-law* stelsel, terwijl het Europese droit d’auteur zijn oorsprong vindt in het *civil-law* stelsel. De genoemde fair-use doctrine, die gevolgd wordt in de Anglo-Amerikaanse copyright traditie, heeft een utilitaire grondslag. Het auteursrecht wordt in deze benadering gezien als een privilege dat alleen dan wordt verstrekt, indien het de maatschappelijke welvaart verhoogd doordat informatiebronnen en kennis op deze manier in de maatschappij zijn verzekerd.¹⁵ Alleen rechten die tot gevolg hebben dat het aantal intellectuele werken toeneemt, zijn volgens de utilitaire leer toegestaan. Daarom is een wettelijke bepaling waarin exclusieve rechten aan de auteur worden toegekend, gerechtvaardigd.¹⁶ Werken die gemaakt worden ook zonder dat een auteursrechtelijke bescherming daar tegenover staat en waarvoor dus geen exclusief recht voor de auteur nodig is, dienen in beginsel vrij te blijven. Anders zouden auteurs worden beloond met exclusieve rechten, terwijl dit onnodig is voor het bereiken van het gewenste doel, namelijk een hogere maatschappelijke welvaart. In het common-law stelsel zijn daarom de exclusieve

12 De lijst moet worden gezien als een open, niet-limitatieve opsomming. Zie Senate and House Committee Reports, geciteerd door L.E. Seltzer, *Exemptions and Fair Use in Copyright: The Exclusive Rights Rensons in the 1976 Copyright Act*, Cambridge (Massachusetts)/Londen: Harvard University Press 1978, p. 19-20.

13 Artikel 107 van de U.S. Copyright Act.

14 Deze factoren bieden een leidraad bij de toepassing van de “equitable rule of reason”, ook wel aan te merken als *fair use*. Vergelijk: *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984), par. IV.B. Aanvullende factoren kunnen mede in aanmerking worden genomen.

15 Eenzelfde gedachtegang volgde bijvoorbeeld de *U.S. Supreme Court* door naar het auteursrecht te verwijzen als “engine of free expression” in *Harper & Row v. Nation Enterprises*, 471 US 539 (1985), III B.

16 A. Strowel, “Droit d’auteur and Copyright: Between History and Nature”, in: B. Sherman/A. Strowel (red.), *Of Authors and Origins*, Oxford: Clarendon Press 1994, p. 235 (241-249); S.P. Calandrillo, “An Economic Analysis of Property Rights in Information: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-Run Reward System”, *Fordham Intellectual Property Media and Entertainment Law Journal* 9 (1998), p. 301 (310).

rechten nauwkeurig weergegeven, terwijl de beperkingen flexibel worden toegepast via open geformuleerde bepalingen, zoals fair use.¹⁷ Iets wat simplificerend gezegd: beperkingen, oftewel het vrije gebruik, zijn het uitgangspunt, terwijl de auteursrechten de uitzondering vormen.

De continentaal-Europese droit d'auteur volgt daarentegen een tegenovergestelde benadering, waarin juist de auteursrechten het uitgangspunt vormen en het vrije gebruik de uitzondering is. Deze benadering is gebaseerd op de natuurrechttheorie, een theorie die de auteur geheel voorop zet.¹⁸ Een literair of artistiek werk kan immers worden gezien als de verwezenlijking van de persoonlijkheid van de auteur. Dit veronderstelt een natuurlijke band tussen de auteur en zijn creatieve werk.¹⁹ Daarnaast impliceert dit dat de auteur een eigendomsrecht op zijn werk verkrijgt door de creatieve scheppingsdaad. Ook zijn aldus geen formaliteiten nodig om een auteursrecht te doen ontstaan, omdat de erkenning van auteursrechten reeds voortvloeit uit de "very nature of things".²⁰ Het is dan ook logisch dat de wetgever de positie van de auteur als uitgangspunt neemt. Zo dient voldoende ruimte te worden gecreëerd voor auteurs om geld te verdienen met hun creatieve werk en dient aan de auteurs voldoende armslag te worden gegeven om omstandigheden die een goede exploitatie frustreren, tegen te kunnen houden. Daarom kennen de auteursrechtstelsels uit de civil-law landen aan de auteur flexibele, ruime exclusieve rechten toe, terwijl de beperkingen zeer gedetailleerd worden omschreven en daarnaast vaak restrictief worden geïnterpreteerd.²¹

Beide tradities hebben zo hun charmes. De zorgvuldig geformuleerde beperkingen die van toepassing zijn in de continentaal-Europese landen, kunnen bijvoorbeeld een hoge mate van rechtszekerheid bieden.²² Doordat de beperkingen staan opgesomd in een gesloten lijst en de reikwijdte gedetailleerd wordt omschreven, is voorzienbaar voor zowel gebruikers als investeerders welke gebruikshandelingen onder de exploitatiebevoegdheden van de auteur vallen, terwijl tegelijkertijd

17 P.E. Geller, "Must Copyright Be For Ever Caught Between Marketplace and Authorship Norms?", in: Sherman/Strowel, supra noot 14, p. 159 (170); Strowel, supra noot 14, p. 250-251.

18 B. Edelman, "The Law's Eye: Nature and Copyright", in: Sherman/Strowel, supra noot 14, 79 (82-87); Geller, supra noot 15, 169-170; Strowel, supra noot 14, 236-237.

19 E. Ulmer, *Urheber- und Verlagsrecht*, Berlin/Heidelberg/New York: Springer 1980, p. 110-111. Zie H. Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 2^e druk – mise à jour 1973, Parijs: Dalloz 1978, p. 538.

20 Desbois, supra noot 17, 538; Ulmer, supra noot 17, 105-106.

21 F.W. Grosheide, *Auteursrecht op Maat*, Deventer: Kluwer 1986, p. 2; Geller, supra noot 15, 170; Strowel, supra noot 14, 249-250. Voor een recente bevestiging van dit betwiste uitgangspunt, zie A. Förster, *Fair Use*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, p. 182-184. Vergelijk HvJ EU 16 juli 2009, zaak C-5/08 (Infopaq International/Danske Dagblades Forening), *Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht* 2009, p. 198 m.nt. K.J. Koelman.

22 Deze argumenten zijn in de afgelopen jaren nog gebruikt door bijvoorbeeld A. Lucas, "For a Reasonable Interpretation of the Three-Step Test", *European Intellectual Property Review* 2010, p. 277 (282). Lucas brengt echter dit argument te berde ten aanzien van de huidige regelgeving van auteursrechtelijke beperkingen in de EU. Zoals hierboven uiteengezet, is de geldigheid van dit rechtszekerheidsargument twijfelachtig in die context. Vergelijk ook H. Cohen Jehoram, "Fair use – die ferne Geliebte", *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 1998, p. 174. "Implementatie van de Auteursrechtlijn – De stille strijd tegen een spookrijder", *Nederlands Juristenblad* 2002, p. 1690. "Nu de gevolgen van trouw en ontrouw aan de Auteursrechtlijn voor fair use, tijdelijke reproductie en driestappentoets", *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 2005, p. 153. "Wie is bang voor de driestappentoets in de Auteursrechtlijn?", in: N.A.N.M. van Eijk/P.B. Hugenholtz (eds.), *Dommering-bundel*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2008, p. 57.

duidelijk is welke handelingen buiten het bereik van de auteur vallen en kunnen worden verricht zonder inbreuk op het auteursrecht te plegen.

Het voornaamste voordeel dat de Anglo-Amerikaanse fair-use doctrine biedt, is flexibiliteit. De fair-use doctrine geeft namelijk rechters de mogelijkheid om de reikwijdte van de beperkingen ofwel te verruimen ofwel te beperken, zodat een juiste balans kan worden gevonden tussen enerzijds auteursrechten en anderzijds sociale, culturele en economische belangen. Zo zijn rechters in staat om de beperkingen op het auteursrecht aan te passen aan nieuwe omstandigheden en uitdagingen, zoals de digitale omgeving. Door rechters deze bevoegdheden te verlenen, is het minder noodzakelijk om voortdurend de wetgeving aan te passen en gelijke tred te houden met de nieuwste technologische ontwikkelingen.²³

De voordelen die een flexibele benadering kan bieden, moeten niet worden onderschat. Het is een voldongen feit dat het auteursrecht van nu zich voortdurend moet aanpassen aan de snelle en voortdurende evolutie van het internet. Het is aannemelijk dat de ruime bescherming die zowel de VS als de EU aan auteurs verlenen, de ontwikkeling van nieuwe gebruiksvormen belemmert en mogelijk zelfs een onwenselijk effect heeft op maatschappelijke belangen.²⁴ Wanneer het auteursrecht ruime exclusieve rechten verleent zullen deze rechten nieuwe gebruiksvormen snel absorberen en onder de controle van de auteursrechthebbende brengen – zelfs in gevallen waarin dit in het licht van concurrerende belangen onwenselijk wordt geacht. Voorbeelden als user-generated content, geavanceerde zoekmachinediensten en de digitalisering van cultureel materiaal, maken maar al te goed duidelijk dat de reikwijdte van auteursrechtelijke beperkingen nodig dient te worden herzien.²⁵ Indien

23 M.R.F. Senfileben, “Beperkingen à la carte: Waarom de Auteursrechtlijn ruimte laat voor fair use,” *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 2003, p. 10; C.A. Alberdingk Thijm, “Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld,” *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 1998, p. 145, en “Fair use – In weiter Ferne, so nah,” *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 1998, p. 176.

24 Voor een kritische beoordeling van een ruime bescherming van intellectuele eigendomsrechten, zie G. Mazziotti, *EU Digital Copyright Law and the End-User*, Berlin/Heidelberg: Springer 2008; O. Depenheuer/K.N. Peifer (red.), *Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?*, Berlin/Heidelberg: Springer 2008; R.M. Hilty, “Sündenbock Urheberrecht?”, in: A. Ohly/D. Klippel (red.), *Geistiges Eigentum und Gemeinfreiheit*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007, p. 111; R.M. Hilty/A. Peukert, *Interessenausgleich im Urheberrecht*, Baden-Baden: Nomos 2004; C. Geiger, *Droit d’auteur et droit du public à l’information, approche de droit comparé*, Parijs: Litec 2004; D. Kröger, *Informationsfreiheit und Urheberrecht*, München: C.H. Beck 2002; Th. Hoeren, “Urheberrecht in der Informationsgesellschaft”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1997, p. 866.

25 M.R.F. Senfileben, “Internet Search Results – A Permissible Quotation?”, *Revue internationale du droit d’auteur* 2013, p. 3; A.C. Beunen/L. Guibault, “Brussels Memorandum of Understanding inzake de digitalisering en online beschikbaarstelling van out-of-commerce boeken en tijdschriften”, *Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht* 2011, p. 221; S.J. van Gompel, “Het richtlijnvoorstel verweesde werken”, *Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht* 2011, p. 205; M. Knopp, “Fanfiction – nutzergenerierte Inhalte und das Urheberrecht”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2010, p. 28; M.R.F. Senfileben, “Pacman forever – preserving van computergames”, *Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht* 2009, p. 221; N. Helberger/L. Guibault/E.H. Janssen/N.A.N.M. van Eijk/C. Angelopoulos/J.V.J. van Hoboken, *Legal Aspects of User Created Content*, Amsterdam: Institute for Information Law 2009, beschikbaar op <http://ssrn.com/abstract=1499333>; M. Elferink/A. Ringnalda, *Digitale ontsluiting van historische archieven en verweesde werken*, Amstelveen: deLex 2009; J.V.J. van Hoboken, “De aansprakelijkheid van zoekmachines. Uitzondering zonder regels of regels zonder uitzondering?”, *Computerrecht* 2008, p. 15; S. van Gompel, “Unlocking the Potential of Pre-Existing Content: How to Address the Issue of Orphan Works in Europe?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 38 (2007), p. 669; D.B. Sherman, “Cost and Resource Allocation Under the Orphan Works Act of 2006: Would the Act Reduce Transaction Costs, Allocate Orphan Works Efficiently, and Serve the Goals of Copyright Law?”, *Virginia Journal of Law & Technology* 12(2007), p. 13.

er geen ruimte is voor nieuwe gebruiksvormen en het wettelijk kader niet tijdig wordt herzien, bestaat de kans dat belangrijke sociale, culturele en economische voordelen die ontstaan door deze nieuwe gebruiksvormen, verloren gaan. Een flexibele fair-use toets zou rechters daarentegen de ruimte bieden om enerzijds een ruime bescherming te verlenen aan de auteur, weliswaar binnen redelijke grenzen, terwijl zij tegelijkertijd erop kunnen toezien dat deze exclusieve rechten niet onnodig andere vrijheden die daarbij in het geding zijn, beperken, zoals in het bijzonder de vrijheid van meningsuiting en de vrije mededinging.²⁶

3. Noodzaak tot hervorming in de EU

De beperkingen van het auteursrecht kunnen op verschillende manieren worden benaderd, afhankelijk van de focus die wordt gelegd: of de auteur staat centraal of juist het vrije gebruik. Gezien de mogelijkheden die er zijn, kan van de wetgever worden verwacht dat hij zich bewust is van de voordelen die de verschillende benaderingen bieden, namelijk de genoemde rechtszekerheid die voortvloeit uit nauwkeurig geformuleerde beperkingen of de genoemde flexibiliteit die ontstaat door een open fair-use wetgeving. Nu het internet veel kansen creëert voor nieuwe maatschappelijke ontwikkelingen, kan gezegd worden dat meer en meer het voordeel van de flexibiliteit zwaarder weegt dan het voordeel van de rechtszekerheid.²⁷ De EU-wetgevers hebben evenwel een wettelijk systeem ontwikkeld dat disfunctioneel is te noemen: er wordt geen duidelijke keuze gemaakt tussen ofwel een open stelsel ofwel een gesloten stelsel, maar een combinatie daarvan die de voordelen die voortspruiten uit de verschillende benaderingen teniet doet. De huidige EU-wetgeving ten aanzien van de beperkingen op het auteursrecht biedt *noch rechtszekerheid noch voldoende flexibiliteit*.

Hoe is dat mogelijk? Door juist die elementen uit allebei de auteursrechttradities eruit te pikken en die op de meest ongunstige wijze met elkaar te combineren, ontstaat een inconsistent stelsel.²⁸ Dat in artikel 5 leden 1, 2, 3 en 4 ARL een gesloten opsomming

26 Zie E.J. Dommering, *De achtervolging van Prometheus – over vrijheid en bezit van informatie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2008; C. Geiger, “‘Constitutionalising’ Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 37 (2006), p. 371; A. Strowel/F. Tulkens/D. Voorhoof (red.), *Droit d’auteur et liberté d’expression*, Brussel: Editions Larcier 2006; P.B. Hugenholtz, “Copyright and Freedom of Expression in Europe”, in: N. Elkin-Koren/N.W. Netanel (red.), *The Commodification of Information*, Den Haag/Londen/Boston: Kluwer 2002, p. 239; S. Macciachini, *Urheberrecht und Meinungsfreiheit*, Bern: Stämpfli 2000; Y. Benkler, “Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain”, *New York University Law Review* 74 (1999), p. 355; N.W. Netanel, “Copyright and a Democratic Civil Society”, *Yale Law Journal* 106 (1996), p. 283.

27 Het is daarom ook niet erg verrassend dat de fair-use wetgeving pas nog is opgenomen in Israël. Zie O. Fischman Afori, “An Open Standard ‘Fair Use’ Doctrine: A Welcome Israeli Initiative”, *European Intellectual Property Review* 2008, p. 85; G. Pessach, “The New Israeli Copyright Act: A Case-Study in Reverse Comparative Law”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 41 (2010), p. 187 (189-193).

28 Wat betreft de wetgeschiedenis van dit hybride stelsel van auteursrechtelijke beperkingen, zie M. Hart, “The Proposed Directive for Copyright in the Information Society: Nice Rights, Shame about the Exceptions”, *European Intellectual Property Review* 1998, p. 169; P.B. Hugenholtz, “Why the Copyright Directive Is

van mogelijke beperkingen is te vinden, is in overeenstemming met de continentaal-Europese auteursrechttraditie. De opgesomde beperkingen zijn echter onderworpen aan de Europese driestappentoets neergelegd in artikel 5 lid 5 ARL. Aangezien deze toets bestaat uit verscheidene open geformuleerde criteria, doet deze bepaling sterk denken aan de Anglo-Amerikaanse copyright traditie.²⁹ De wisselwerking tussen beide elementen – de gesloten opsomming en de open driestappentoets – is als volgt geregeld:

*De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.*³⁰

Deze benadering leidt onvermijdelijk tot problemen. Zoals besproken kan een gesloten lijst met nauwkeurig omschreven beperkingen het voordeel van rechtszekerheid bieden. Dit mogelijke voordeel ligt echter ver buiten het bereik van ons huidige EU-stelsel. Ook al heeft de nationale wetgeving de beperkingen die zijn genoemd in artikel 5 ARL overgenomen en deze nader gespecificeerd, dan nog is het mogelijk dat deze specifieke nationale beperkingen in strijd worden verklaard met de Europese driestappentoets. Met andere woorden: de nationale beperkingen kunnen ondanks nauwkeurige definiëring in nationale wetgeving verder worden ingeperkt door de open driestappentoets. In tegenstelling tot de Amerikaanse fair-use bepalingen die vergelijkbare abstracte criteria hanteren, kan de Europese driestappentoets echter niet worden ingezet om nieuwe gebruiksvormen te creëren. Daarom is het – ondanks het gebruik van abstracte criteria – onmogelijk om gebruik te kunnen maken van de voordelen die een flexibel systeem zou bieden.³¹

Dit heeft tot gevolg dat het huidige EU-systeem tekortschiet in het realiseren van enig voordeel dat de Anglo-Amerikaanse of de continentaal-Europese benadering ten aanzien van de auteursrechtelijke beperkingen zou kunnen opleveren. De rechtszekerheid is minimaal in het huidige wettelijke stelsel, omdat de toepassing van de open driestappentoets verdere restricties oplegt op de nauwkeurig gedefinieerde

Unimportant, and Possibly Invalid”, *European Intellectual Property Review* 2000, p. 499; D.J.G. Visser, “De beperkingen in de Auteursrechtlijn”, *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 2001, p. 9; F. Bayreuther, “Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie”, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2001, p. 828; J. Reinbothe, “Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft”, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International* 2001, p. 733.

29 Het criterium “geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken” lijkt bijvoorbeeld op de vierde factor uit de Amerikaanse fair-use-doctrine “het effect van het gebruik op de potentiële markt voor de waarde van het auteursrechtelijk beschermde werk”. In feite bevestigt de wetsgeschiedenis van de driestappentoets dat deze flexibele toets zijn wortels heeft in de Anglo-Amerikaanse auteursrechttraditie. Zie voor commentaar afkomstig van het Verenigd Koninkrijk, Doc. S/13, *Records of the Intellectual Property Conference of Stockholm June 11 to July 14, 1967*, Genève: WIPO 1971, p. 630.

30 Zie artikel 5 lid 5 Auteursrechtlijn 2001/29/EG.

31 Vergelijk M.R.F. Senfileben, “Fair Use in the Netherlands: A Renaissance?”, *Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht* 2009, p. 1, beschikbaar op <http://ssrn.com/abstract=1563986>; J. Griffiths, “The “Three-Step Test” in European Copyright Law: Problems and Solutions”, *Intellectual Property Quarterly* 2009, p. 489 (495), beschikbaar op <http://ssrn.com/abstract=1476968>; C. Geiger, “The Three-Step Test, a Threat to a Balanced Copyright Law?”, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 37 (2006), p. 683; K.J. Koelman, “De nationale driestappentoets”, *Tijdschrift voor auteurs-, media en informatierecht* 2003, p. 6.

beperkingen in de nationale wetgeving van de EU-lidstaten. De driestappentoets verslechtert met zijn abstracte criteria de rechtszekerheid die had kunnen resulteren uit zorgvuldig omschreven gebruiksprivileges.

Wanneer daarnaast nog in aanmerking wordt genomen dat de wetgeving in de EU vele malen langzamer gaat dan in de individuele lidstaten, wordt zonder meer duidelijk dat de *huidige regeling van de beperkingen in de EU een rampscenario is*.³² Het wetgevingsproces in de EU waarin het auteursrecht steeds opnieuw moeten worden aangepast aan snelle technologische ontwikkelingen, vereist niet alleen ellenlange onderhandelingen op Gemeenschapsniveau, maar ook nationale implementatiehandelingen in alle lidstaten. Daardoor zullen de reacties op onvoorziene technologische ontwikkelingen en nieuwe sociale, culturele of economische noden niet alleen langzaam zijn, zoals het geval is in de traditionele continentaal-Europese systemen die werken met nauwkeurig gedefinieerde beperkingen. In de EU zullen deze reacties op nieuwe ontwikkelingen zelfs heel erg langzaam zijn en zeker veel te langzaam om de snelle ontwikkelingen van het internet te kunnen bijhouden. Het totale wetgevingsproces ten aanzien van een bepaalde nieuwe technologische ontwikkeling kan soms wel meer dan tien jaar duren.³³

Daarom is het de hoogste tijd om de auteursrechtelijke beperkingen in de EU te herzien. De herziening zou zich dan vooral moeten richten op het vergroten van de flexibiliteit in het Europese auteursrechtstelsel, zodat goed kan worden geanticipeerd op de snelle technologische ontwikkeling van het internet, maar ook op de daarmee gepaard gaande voortdurende ontwikkeling van nieuwe internetdiensten. De invoering van een fair-use element lijkt onvermijdelijk om deze doelen te kunnen bereiken. Meer flexibiliteit is een bittere noodzaak in de EU. Het wetgevingsproces in de Unie is veel te langzaam om een gesloten systeem van nauwkeurig omschreven beperkingen up-to-date te houden. Nu er ook sociale, culturele en economische belangen in het geding zijn, zou het onverantwoordelijk zijn om niet over te gaan op geschiktere wetgeving die ook flexibele elementen bevat.

4. Nieuwe EU-wetgeving

Dit doet de vraag rijzen hoe nieuwe EU-wetgeving voor een flexibeler auteursrecht zou kunnen zorgen zonder daarbij de rechtszekerheid te zeer in het gedrang te brengen. In het oog springt in deze context een bepaling in de huidige EU-wetgeving

³² In deze zin reeds eerder M.R.F. Senftleben, "Bridging the Differences Between Copyright's Legal Traditions – the Emerging EC Fair Use Doctrine", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 57 (2010), p. 521. Om de schade van de Auteursrechtlijn te beperken, zou de Europese driestappentoets op zijn minst flexibel dienen te worden geïnterpreteerd. Voor richtlijnen hierover, zie C. Geiger/J. Griffiths/R.M. Hilty, "Declaration on a Balanced Interpretation of the 'Three-Step Test' in Copyright Law", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 39 (2008), p. 707.

³³ Zie voor een analyse hierover, M. van Eechoud et al., *Harmonizing European Copyright Law. The Challenges of Better Lawmaking*, Kluwer Law International 2009, p. 298.

die op zich open geformuleerd is, maar op dit moment niet als een flexibiliserings-instrument wordt ingezet: de voornoemde driestappentoets in artikel 5 lid 5 ARL. Indien de rol van deze bepaling in het internationale auteursrecht in aanmerking wordt genomen, wordt snel duidelijk dat het bestaande gebrek aan flexibiliteit in het EU-auteursrecht door een herijking van de Europese driestappentoets zou kunnen worden bereikt. De eerste driestappentoets in de internationale auteurswet – artikel 9 lid 2 van de Berner Conventie (BC) – was gebaseerd op een wetsvoorstel dat was ingediend door de delegatie van het Verenigd Koninkrijk tijdens de 1967 in Stockholm gehouden Conferentie ter herziening van de Berner Conventie.³⁴ Aangezien het Verenigd Koninkrijk de Anglo-Amerikaanse auteursrechtstraditie volgt, is het niet verwonderlijk dat de driestappentoets bestaat uit open geformuleerde factoren die vergelijkbaar zijn met de fair-use wetgeving in common-law landen. Overeenkomsten tussen de criteria uit de driestappentoets en de criteria uit traditionele fair-use bepalingen, zoals de Amerikaanse fair-use doctrine, zijn gemakkelijk aan te wijzen. Het verbod van een “conflict met een normale exploitatie” bijvoorbeeld roept de vierde factor uit de Amerikaanse fair-use doctrine in herinnering: “effect van het gebruik op de potentiële markt voor de waarde van het auteursrechtelijk beschermde werk.”³⁵

Het is dan ook niet verrassend dat de driestappentoets tijdens de Stockholm Conferentie werd opgevat als een flexibel wettelijk kader waarbinnen nationale wetgevers vrij zouden zijn hun eigen nationale bepalingen te behouden en tegelijkertijd gehoor zouden kunnen geven aan nationale maatschappelijke, culturele en economische noden.³⁶ De internationale *acquis* van deze bepaling maakt reeds duidelijk dat de driestappentoets ten aanzien van de nationale beperkingen niet als een benauwend keurslijf moet worden opgevat. De flexibele regeling is namelijk de uitkomst van een compromis dat de lidstaten van de Berner Conventie toestaat de uitzonderingen en beperkingen af te stemmen op specifieke nationale behoeften.

De meeste beperkingen waarop vele gebruikers dagelijks een beroep doen, zijn direct gebaseerd op de internationale driestappentoets. Een specifieke bepaling die

34 Zie voor commentaar afkomstig van het Verenigd Koninkrijk, Doc. S/13, Records 1967, supra noot 27, p. 630. Voor een uitvoerige bespreking van het wetgevingsproces, zie M.R.F. Senfileben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Den Haag/Londen/New York: Kluwer Law International 2004, p. 47-52.

35 Vergelijk artikel 107 of the U.S. Copyright Act. Over de toepassing van de fair-use analyse met betrekking tot de vierde factor uit de driestappentoets, zie M.R.F. Senfileben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, The Hague/Londen/New York: Kluwer Law International 2004, p. 184-187. De ervaringen die zijn opgedaan bij een al te ruime toepassing van de vierde factor, kunnen bijvoorbeeld goed worden gebruikt voor de toepassing van de fair-use doctrine in de EU. Zie bijvoorbeeld de praktische aanbevelingen van P.N. Leval, “Toward a Fair Use Standard”, *Harvard Law Review* 103 (1990), p. 1105 (1124-1125): “By definition every fair use involves some loss of royalty revenue because the secondary user has not paid royalties. Therefore, if an insubstantial loss of revenue turned the fourth factor in favor of the copyright holder, this factor would never weigh in favor of the secondary use. [...] The market impairment should not turn the fourth factor unless it is reasonably substantial. When the injury to the copyright holder’s potential market would substantially impair the incentive to create works for publication, the objectives of the copyright law require that this factor weigh heavily against the secondary user.”

36 Doc. S/1, Records 1967, supra note 27, p. 81.

de introductie van bijvoorbeeld nationale beperkingen ten aanzien van privékopieën toestaat, zal tevergeefs worden gezocht in het internationale auteursrecht. De ruimte voor nationale privékopie-privileges is het gevolg van een flexibele toepassing van de open geformuleerde internationale driestappentoets. Artikel 9 lid 2 BC heeft daarom duidelijk als doel ruimte te bieden voor het vinden van een juiste balans tussen bescherming (exclusieve auteursrechten) en vrijheid (beperkingen van deze auteursrechten) op nationaal niveau. Met deze doelstelling voor ogen baande de driestappentoets zich een weg naar artikel 13 van de Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPs-verdrag) en speelde hij een beslissende rol tijdens de onderhandelingen van de WIPO-“Internet”-verdragen.³⁷ In artikel 10 van het WIPO-Auteursrechtverdrag (WCT)³⁸ werd de centrale rol van de internationale driestappentoets nogmaals bevestigd: de toets is verreweg de belangrijkste en omvangrijkste grondslag voor de introductie van nationale auteursrechtelijke beperkingen.

Voor de beperkingen in de Auteursrechtlijn is met name het laatstgenoemde artikel 10 WCT van belang. Zoals aangeduid in de vijftiende overweging heeft de richtlijn als doelstelling nieuwe internationale verplichtingen uit de WIPO-“Internet”-verdragen te implementeren. De Overeengekomen Verklaring betreffende artikel 10 WCT had zich evenwel moeilijk nog explicieter kunnen uitlaten over de flexibiliteit in de internationale driestappentoets:

Het is wel verstaan dat het bepaalde in artikel 10 het de Verdragsluitende Partijen toestaat om in hun nationaal recht voorziene beperkingen en uitzonderingen die overeenkomstig de Berner Conventie aanvaardbaar worden geacht, van toepassing doen zijn op, en op passende wijze uit te breiden tot de digitale omgeving. Het bepaalde in dit artikel dient voorts zo te worden uitgelegd dat het de Verdragsluitende Partijen toestaat om nieuwe beperkingen en uitzonderingen uit te werken die aan de digitale netwerkomgeving zijn aangepast. Het is daarnaast wel verstaan dat artikel 10(2) noch het toepassingsgebied van de beperkingen en de uitzonderingen toegestaan onder de Berner Conventie, reduceert noch uitbreidt.

Deze Overeengekomen Verklaring, die zowel de uitbreiding van traditionele beperkingen als de ontwikkeling van nieuwe beperkingen in de digitale omgeving toestaat, is het resultaat van de beraadslagingen tijdens de WIPO Diplomatieke Conferentie in 1996, die heeft geleid tot de WIPO-“Internet”-verdragen. De

37 Met betrekking tot de ontwikkelingen van deze “familie” van driestappentoetsen in het internationaal auteursrecht, zie Senfleben, supra noot 33, p. 43-98; N. Dittrich, “Der Dreistufentest”, in: N. Dittrich (red.), *Beiträge zum Urheberrecht VIII*, Wenen 2005, p. 63; J. Bornkamm, “Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung – Karriere eines Begriffs”, in: H.-J. Ahrens/J. Bornkamm/W. Gloy/J. Starck/J. von Ungem-Stemberg, *Festschrift für Willi Erdmann zum 65. Geburtstag*, Keulen/Berlijn/Bonn/München: Carl Heymanns 2002, p. 29.

38 Voor het debat over de WIPO “Internet”-Verdragen, zie Senfleben, supra noot 33, p. 96-98; M. Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation*, Oxford: Oxford University Press 2002; J. Reinbothe/S. Von Lewinski, *The WIPO Treaties 1996: Commentary and Legal Analysis*, Butterworths 2002.

bedoeling tijdens de Conferentie was duidelijk: het verzekeren van de juiste werkingssfeer ten aanzien van de beperkingen. Het voorstel dat ten grondslag lag aan het latere WIPO-Auteursrechtverdrag stelde met betrekking tot de beperkingen dat,

*when a high level of protection is proposed, there is reason to balance such protection against other important values in society. Among these values are the interests of education, scientific research, the need of the general public for information to be available in libraries and the interests of persons with a handicap that prevents them from using ordinary sources of information.*³⁹

De zorg voor voldoende ruimte voor belangrijke maatschappelijke doelen hebben in dit verband een doorslaggevende rol gespeeld in de beraadslagingen over de uitzonderingen en de beperkingen. Uit de notulen van het *Main Committee* blijkt bijvoorbeeld de bedoeling traditionele gebruiksprivileges te beschermen. De VS hebben getracht hun fair-use doctrine veilig te stellen.⁴⁰ Denemarken was vooral bang dat de nieuwe bepalingen die ter discussie stonden, een “keurslijf” zouden worden voor de bestaande beperkingen op juist die gebieden die erg belangrijk werden gevonden voor de maatschappij.⁴¹ Vele delegaties waren verder sterk gekant tegen het latere artikel 10 lid 2 WCT die de huidige beperkingen onder de Berner Conventie onderwerpt aan de driestappentoets.⁴² Korea voerde expliciet het schrappen van het tweede lid⁴³ aan – een voorstel dat was goedgekeurd door verscheidene andere delegaties.⁴⁴ Singapore zette bijvoorbeeld uitvoerig uiteen dat het tweede lid was

*inconsistent with the commitment to balance copyright laws, where exceptions and limitations adopted by the Conference were narrowed, and protection was made broader.*⁴⁵

De Overeengekomen Verklaring betreffende artikel 10 WCT is dus de uitkomst van een internationaal debat waarin de noodzaak tot het behouden van een juiste balans in het auteursrecht duidelijk is uitgesproken. De driestappentoets van artikel 10 WCT is niet alleen bedoeld als een restrictief controlemechanisme, maar tevens als een richtlijn voor zowel de uitbreiding van bestaande uitzonderingen en beperkingen als voor de introductie van nieuwe beperkingen in de digitale omgeving. De preambule van het WCT bevestigt deze analyse. Het benadrukt de noodzaak

39 WIPO Doc. CRNR/DC/4, § 12.09.

40 WIPO Doc. CRNR/DC/102, § 488.

41 WIPO Doc. CRNR/DC/102, § 489.

42 Zie bijvoorbeeld de verklaringen die door de delegaties van Denemarken zijn afgelegd: WIPO Doc. CRNR/DC/102, § 489, Nieuw-Zeeland, *ibid.*, § 495, en Zweden, *ibid.*, § 497. Zie voor de tekst van het wetsvoorstel het einde van de voorgaande onderafdeling.

43 WIPO Doc. CRNR/DC/102, § 491.

44 Zie bijvoorbeeld de verklaringen van Hongarije, WIPO Doc. CRNR/DC/102, § 493 en China, *ibid.*, § 500.

45 WIPO Doc. CRNR/DC/102, § 492.

*tot behoud van het evenwicht tussen de rechten van auteurs en het grotere algemeen belang, met name op het gebied van onderwijs, onderzoek en de toegang tot informatie, zoals in de Berner Conventie tot uitdrukking komt.*⁴⁶

Aangezien de driestappentoets in artikel 5 lid 5 ARL voortvloeit uit deze internationale bepalingen, hoeft deze toets niet noodzakelijkerwijs als een restrictief controlemechanisme voor auteursrechtelijke beperkingen te worden opgevat. Integendeel, in het licht van de rol die de driestappentoets op internationaal niveau inneemt, ligt een andere uitleg voor de hand. De internationale driestappentoets fungeert als een openingsclausule die wereldwijd op maat gesneden systemen van auteursrechtelijke beperkingen mogelijk maakt – ondanks uiteenlopende sociale, culturele en economische randvoorwaarden. De internationale driestappentoets vormt dus de basis voor een grote diversiteit aan nationale beperkingen die niet expliciet in de internationale verdragen konden worden opgenomen. De bepaling kan als een motor van nationale beperkingen op het auteursrecht worden gezien en zeker niet als een restrictie. Wanneer deze inzichten worden verwerkt in nieuwe wetgeving in de EU, zou dit tot de volgende herdefinitie van de driestappentoets in artikel 5 lid 5 ARL kunnen leiden:

*In bepaalde bijzondere gevallen vergelijkbaar met de uitzonderingen en beperkingen weergegeven in leden 1, 2, 3 en 4, kan het gebruik van werken of ander materiaal ook worden uitgezonderd van het reproductierecht genoemd in artikel 2 en/of het recht van mededeling van werken aan het publiek genoemd in artikel 3, mits met een dergelijk gebruik geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.*⁴⁷

In dit wetsvoorstel zouden dan de huidige beperkingen die staan opgesomd in de leden 1, 2, 3 en 4 van artikel 5 ARL ongewijzigd kunnen blijven. De voorgestelde wettekst zou evenwel duidelijk maken dat deze uitzonderingen moeten worden gezien als bepaalde bijzondere gevallen in de zin van de driestappentoets. Zo kunnen de huidige beperkingen als uitgangspunt dienen voor het vaststellen van nieuwe gebruiksvormen waarvoor geen toestemming van de auteursrechthebbende nodig is. Uit deze benadering volgt dat nieuwe gevallen vergelijkbaar zouden moeten zijn met de opgesomde beperkingen, bijvoorbeeld in die zin dat deze

⁴⁶ Preambule van het WCT. De WPPT bevat eenzelfde formulering in de preambule. De kwestie was reeds behandeld in het wetsvoorstel dat ten grondslag lag aan de latere WCT. Zie WIPO Doc. CRNR/DC/4, § 12.09. Bovendien was dit ter sprake gekomen bij de overwegingen van het Main Committee I. Zie WIPO Doc. CRNR/DC/102, 72 en 74. Vergelijk wat betreft de verwijzing naar de Berner Conventie ("as reflected in the Berne Convention"), A. Françon, "La conférence diplomatique sur certaines questions de droit d'auteur et de droits voisins", *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 1997, p. 3 (9); S. Ricketson, "The Boundaries of Copyright: Its Proper Limitations and Exceptions: International Conventions and Treaties", *Intellectual Property Quarterly* 1999, p. 56 (61); H. Cohen Jehoram, "Some Principles of Exceptions to Copyright", in: P. Ganeva/C. Heath/G. Schricker (red.), *Urheberrecht Gestern – Heute – Morgen, Festschrift für Adolf Dietz zum 65. Geburtstag*, München: C.H. Beck 2001, p. 382.

⁴⁷ Dit wetsvoorstel is in overeenstemming met artikel 5.5 van de European Copyright Code dat het resultaat was van het Wittem Project dat was opgesteld in 2002 als een samenwerkingsverband tussen auteursrechtwetenschappers uit de Europese Unie inzake de toekomstige ontwikkelingen van het Europese auteursrecht. De voorgestelde European Copyright Code van het Wittem Project is beschikbaar op www.copyrightcode.eu.

beperkingen vergelijkbare doelen nastreven of zijn gerechtvaardigd vanuit een vergelijkbaar politiek oogpunt. De opsomming van expliciet opgestelde Europese beperkingen zouden daarmee dezelfde functie vervullen als de aanwijzing van de doelen, “such as criticism, comment, news reporting, teaching [...], scholarship, or research,” genoemd in artikel 107 van de U.S. Copyright Act.

Door de opsomming van de toegestane beperkingen en de open driestappentoets op deze manier opnieuw op elkaar af te stemmen en te herijken, zou de voorgestelde fair-use bepaling het huidige disfunctionele systeem – geen flexibiliteit, geen rechtszekerheid – kunnen omzetten in een consistent systeem dat wel beide doelen bereikt. De flexibiliteit die voortvloeit uit de openingsclausule van de driestappentoets, geeft rechters de mogelijkheid om de infrastructuur van beperkingen te verbeteren door nieuwe uitzonderingen te ontwikkelen die gebaseerd zijn op de voorbeelden genoemd in de leden 1, 2, 3 en 4 van artikel 5 ARL.

Bovendien zou deze nieuwe driestappentoets de rechtszekerheid in het EU-stelsel verhogen. Deze nieuwe driestappentoets zou namelijk niet meer door rechters worden gebruikt als een instrument om nauwkeurig gedefinieerde beperkingen in de nationale wetgevingen van EU-lidstaten nog eens te beperken. Integendeel, de abstracte criteria uit de driestappentoets zouden juist worden ingeroepen voor het ontwikkelen van nieuwe beperkingen. Zo wordt de rechtszekerheid die voort zou moeten vloeien uit de nauwkeurig gedefinieerde gebruiksprivileges in nationale wetgeving, niet langer meer beknot door een driestappentoets die als restrictief controlemechanisme wordt ingezet. Zo weten gebruikers van auteursrechtelijk beschermd materiaal waar ze aan toe zijn. Er hoeft dan ook niet meer te worden gespeculeerd over een mogelijke uitkomst van de driestappentoets die eventueel de reikwijdte van een beperking waarop de gebruiker mocht vertrouwen, zou kunnen inperken.

De huidige staat van onze auteursrechtelijke beperkingen kan niet anders dan betreurenswaardig worden genoemd. De invoering van een fair-use bepaling die gebaseerd is op de driestappentoets, zou daarom ook het geheel aan beperkingen substantieel kunnen verbeteren. In plaats van zowel de flexibiliteit als de rechtszekerheid te frustreren, zou de voorgestelde nieuwe driestappentoets in artikel 5 lid 5 ARL voldoende flexibiliteit kunnen verzekeren om de uitdagingen die de snelle ontwikkelingen van het internet bieden, aan te kunnen gaan. Tegelijkertijd zou de rechtszekerheid kunnen worden versterkt door de beperkingen nauwkeurig te definiëren.

Het is belangrijk om op te merken dat voorafgaand aan de implementatie van de Auteursrechtlijn, de Hoge Raad reeds jurisprudentie had ontwikkeld die kan worden gezien als een voorloper van de voorgestelde wettelijke hervormingen. In 1995 zocht de Hoge Raad namelijk naar een manier om de gesloten opsomming van beperkingen in de Auteurswet open te breken en de weg vrij te maken voor

meer flexibiliteit.⁴⁸ In de *Dior/Evora*-uitspraak die werd gewezen vóór de zaak bij het HvJ EU terecht kwam,⁴⁹ zag de Hoge Raad genoeg ruimte voor het creëren van nieuwe beperkingen in de Auteurswet:

Wél is in § 6 van Hoofdstuk I van de Auteurswet een aantal beperkingen van het auteursrecht opgenomen, waaraan in de regel een afweging ten grondslag ligt van de belangen van de rechthebbende op het auteursrecht tegenover de maatschappelijke of economische belangen van anderen of tegen het algemeen belang. Deze uitdrukkelijke beperkingen sluiten echter niet uit dat de grenzen van het auteursrecht ook in andere gevallen aan de hand van een vergelijkbare afweging nader moeten worden bepaald, in het bijzonder wanneer de behoefte aan de desbetreffende begrenzing door de wetgever niet is onderkend en zij past in het stelsel van de wet, zulks in het licht van de ontwikkeling van het auteursrecht als middel tot bescherming van commerciële belangen. Bij een zodanige afweging kan bij één of meer in de wet opgenomen beperkingen aansluiting worden gezocht.⁵⁰

De zaak ging over de vraag of het Evora was toegestaan om reclame te maken voor Diorparfums die Evora via parallelimport had verkregen en die werden verkocht in winkelketens van Evora. Doordat de luxe parfums werden afgebeeld en gepresenteerd in alledaagse reclamefolders van Evora, was Dior bevreesd voor de mogelijke negatieve effecten op zijn prestigieuze imago. Dior deed daarom ten aanzien van zijn parfumverpakkingen en de flesjes een beroep op cumulatieve auteursrecht- en merkenrechtbescherming. Op die manier probeerde Dior de reclame door Evora te doen stoppen en zijn exclusieve distributienetwerk van officiële Diordealers veilig te stellen.

Aangezien het auteursrecht op de verpakkingen en de flesjes in beginsel was uitgeput na de eerste verkoop door Dior, overwoog de Hoge Raad dat het belang van Dior zich te verzetten tegen een verdere openbaarmaking en verveelvoudiging door over de verpakkingen en de flesjes te adverteren daarom niet zwaar weegt.⁵¹ De Hoge Raad zocht daarbij aansluiting bij een in de wet opgenomen beperking, namelijk artikel 23 Aw, die de eigenaar van een werk van (toegepaste) kunst toestaat om het werk in een catalogus op te nemen voor zover dat noodzakelijk is voor een openbare tentoonstelling of verkoop. Aangezien de wetgever de balans ten gunste van de eigenaar heeft laten doorslaan en het belang om een werk van toegepaste kunst zonder toestemming van de maker te kunnen opnemen in een tentoonstelling of een verkoopcatalogus voorrang heeft gegeven, kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat het belang van Evora om te kunnen adverteren voor de wederverkoop van Diorparfums in Nederland ook diende voor te gaan – ten

48 Met betrekking tot de algemene noodzaak voor een betere flexibiliteit, vergelijk C. Geiger, "Flexibilising Copyright – Remedies to the Privatisation of Information by Copyright Law", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 39 (2008), p. 178.

49 HvJ EU 4 november 1997, zaaknr. C-337/95, (*Dior/Evora*), par. 58-59, beschikbaar op www.curia.eu. Het hof gaf geen commentaar op het openstellen van de gesloten lijst van beperkingen in Nederland.

50 Hoge Raad 20 oktober 1995, *Nederlandse Jurisprudentie* 1996, nr. 682 (*Dior/Evora*), para. 3.6.2.

51 Hoge Raad, *ibid.*, para. 3.6.2.

minste zolang Dior geen schade lijdt als gevolg van de wijze waarop Evora reclame maakt voor de producten van Dior.⁵²

Deze nationale uitspraak van de Hoge Raad werd gezien als een keerpunt in de continentaal- Europese traditie met haar nauwkeurig gedefinieerde beperkingen. In Nederland was men in grote getale ervan overtuigd dat deze uitspraak het gesloten stelsel van beperkingen in de Auteursrecht had opengebroken.⁵³ Veelal werd de uitspraak in verscheidene commentaren geplaatst in het licht van de fair-use doctrine uit de VS.⁵⁴ De Hoge Raad had evenwel niet de abstracte factoren uit de fair-use bepaling ingezet om tot deze beslissing te komen. Integendeel, de Hoge Raad erkende dat het mogelijk was om bestaande beperkingen uit de Auteurswet als model te gebruiken voor de creatie van nieuwe beperkingen. Op grond van een vergelijkbare belangenafweging kon de leemte in het stelsel van beperkingen worden opgevuld zolang het nieuw ontworpen gebruiksprivilege in overeenstemming was met het Nederlandse stelsel van beperkingen.⁵⁵ De *Dior/Evora*-benadering is echter overstemd door Europese wetgeving na de implementatie van de beperkingen uit de Auteursrecht richtlijn van 2001. De hiervoor geopperde wetsherziening – bestaande uit het opnemen van een nieuw artikel 5 lid 5 ARL – zou evenwel het HvJ EU de mogelijkheid geven om de eerste stappen die de Nederlandse Hoge Raad heeft gezet te vervolgen en met behoud van voldoende rechtszekerheid een flexibeler systeem van auteursrechtelijke beperkingen in de EU te ontwikkelen.

5. Conclusie

De analyse toont aan dat een vergelijking tussen het huidige Europese stelsel en de Amerikaanse fair-use doctrine zeer waardevol kan zijn om tot nieuwe inzichten te komen voor noodzakelijke hervormingen in de EU. Aangezien het huidige wettelijke kader in de EU noch voldoende rechtszekerheid noch voldoende flexibiliteit biedt, is het nu de hoogste tijd om in te zien dat de Amerikaanse fair-use doctrine voordelen biedt en als uitgangspunt kan dienen voor de herijking van ons huidige systeem. In tegenstelling tot de Europese regelgeving die gebaseerd is op een gesloten lijst van nauwkeurig gedefinieerde beperkingen, geeft de open geformuleerde Amerikaanse fair-use doctrine de mogelijkheid om gelijke tred te houden met de snelle ontwikkeling van het internet en verschaft het de noodzakelijke middelen om de bescherming van het auteursrecht en concurrerende fundamentele vrijheden, zoals met name de vrijheid van meningsuiting en de vrije mededinging, in balans te houden.

52 Hoge Raad, *ibid.*, para. 3.6.2.

53 Vergelijk F.W. Grosheide, "De commercialisering van het auteursrecht", *Tijdschrift voor auteurs-, media- en informatierecht* 1996, p. 43 (43).

54 Zie artikel 107 van de US Copyright Act en het commentaar bij deze uitspraak door Spoor, *Nederlandse Jurisprudentie* 1996, nr. 682, para. 2; P. Steinhäuser, *Bijblad bij de industriële eigendom* 1998, p. 195 (212).

55 Hoge Raad 20 oktober 1995, *Nederlandse Jurisprudentie* 1996, nr. 682 (*Dior/Evora*), para. 3.6.2.

Als we vergelijkbare resultaten willen boeken binnen onze eigen EU-wetgeving, dan zouden we optimaal gebruik moeten maken van de flexibiliteit die de driestappentoets biedt; een toets die in onze EU-wetgeving ten aanzien van auteursrechtelijke beperkingen inmiddels niet meer weg te denken is. Zoals in het internationaal auteursrecht, zou de driestappentoets moeten worden ingezet als een flexibel instrument dat in staat is om de verschillende belangen met elkaar af te wegen en dat kan worden aangewend om bestaande beperkingen te verruimen en nieuwe gebruiksprivileges te introduceren. Om deze doelstellingen te bereiken zou de huidige opsomming van beperkingen uit artikel 5 ARL model kunnen staan voor de invulling van het criterium “bijzondere gevallen” uit de driestappentoets. Verder zouden we aan rechters de taak moeten toevertrouwen om vergelijkbare gevallen van geprivilegieerd gebruik te beoordelen in het licht van de abstracte criteria uit de driestappentoets, zoals de criteria “geen afbreuk aan de normale exploitatie van werken” en “geen onredelijke schade aan wettelijke belangen”. Op deze manier hoeft de driestappentoets niet langer meer te worden toegepast als een restrictieve keurslijf waarin nauwkeurig gedefinieerde nationale beperkingen zijn opgesloten. Zo wordt ook de verminderde rechtszekerheid voorkomen die een dergelijke restrictieve toepassing van de toets met zich brengt. Door in plaats daarvan de toets op te vatten als een openingsclausule die de opsomming van specifieke beperkingen in de EU aanvult, zou de driestappentoets de flexibiliteit kunnen bieden die in dit snelle internettijdperk zo hard nodig is om de vrijheid van meningsuiting en de vrije mededinging veilig te stellen.

De rechtvaardiging van verlies van recht door verjaring

Overwegingen uit de vroegmoderne scholastiek

Prof. mr. J. Hallebeek

1. Inleiding: Francisco de Vitoria en het verlies van recht door louter tijdsverloop

Francisco de Vitoria (1483–1546), de Spaanse moraaltheoloog die geldt als een van de grondleggers van de vroegmoderne scholastiek, ook wel de School van Salamanca genoemd, behandelde in zijn colleges het volgende geval. Een kloosterzuster die zwanger was geraakt – “en jullie moeten weten dat zij niet was overlommerd door de Heilige Geest”, zo voegde hij zijn studenten toe – vroeg haar overste verlof om haar zuster te bezoeken. Ten huize van deze zuster, die was gehuwd met een adellijk heer en die voorwendde zelf zwanger te zijn, bracht zij in het geheim een zoon ter wereld. Vervolgens keerde zij naar haar klooster terug. De jongen werd opgevoed door zijn tante en oom alsof hij hun eigen zoon was en jaren later, na hun overlijden, verkreeg hij geheel te goeder trouw bezit van de nalatenschap. De kloosterzuster kreeg echter wroeging, beleed haar zonden, ontbood haar zoon en vertelde hem de waarheid. De bastaard wilde het verhaal echter niet geloven en nog minder het bezit van de nalatenschap afstaan. Daarop bezocht de kloosterzuster de daadwerkelijke erfgenaam en informeerde ook deze over het gebeurde. De erfgenaam eiste vervolgens voor het Parlement van Parijs de nalatenschap op waarbij de kloosterzuster als getuige optrad. Het Parlement oordeelde dat de nalatenschap moest worden verdeeld over alle wettige erfgenamen en de bastaardzoon samen. Het was echter de vraag of de bastaardzoon die vele jaren te goeder trouw in het ongestoorde bezit van de nalatenschap was geweest, deze niet door verjaring had verkregen en het recht van de erfgenamen door louter tijdsverloop teniet was gegaan.¹

Vitoria gaf dit college in de jaren dertig van de zestiende eeuw aan theologiestudenten in Salamanca. Ondanks het juridische karakter van de casus, ging het hem niet om de juridische, maar om de moraaltheologische vraag. Ook al had naar wereldlijk of kerkelijk recht verjaring plaatsgevonden, was er dan in geweten toch nog een plicht om te restitueren? Vitoria leerde zijn studenten namelijk niet zozeer wat gold volgens het positieve recht, wereldlijk of kerkelijk, maar wat geldt naar het geweten. Hij stoomde zijn studenten niet klaar voor de rechtspraktijk, het *forum externum*, maar voor de biechtpraktijk en het pastoraat, het *forum internum*. Daarbij

¹ Francisco de Vitoria, *Comentarios a la Secunda secundae de Santo Tomás*, Tomo III (De justitia), ed. V. Beltrán de Heredia, Salamanca 1934, ad ST II II, q. 62, art. 6, n. 18 (p. 189-190).

werd niet geschroomd om allerlei juridische vragen tot het terrein van de moraaltheologie te maken. Die vragen moesten worden beantwoord naar moraaltheologische maatstaven, al lag het voor de hand om ook naar het recht te kijken. Het kon immers zo zijn, dat het positieve recht ook gelding had voor het geweten.

Zo kwam Francisco de Vitoria en velen van zijn navolgers te spreken over verlies van rechten door verjaring. Dat was een rechtsfiguur uit het positieve recht. Bepalingen over verjaring waren te vinden in de bronnen van zowel het Romeinse als het canonieke recht. De vraag was alleen of die regels ook van toepassing waren in het *forum* van het geweten. Om die vraag goed onderbouwd te kunnen beantwoorden, was het nodig te weten welk doel en welke rechtvaardiging aan de verjaringsregels ten grondslag lagen en of dat ook zo gold voor het *forum internum*. Het is deze vraag naar doel en rechtvaardiging van verjaring die centraal staat, maar dan voor het huidige Nederlandse recht, in het eerste deel van het proefschrift van Lodewijk Smeehuijzen. Het doel is gelegen in de bescherming van de debiteur en daarmee komt de bevrijdende verjaring, zij het indirect, ten goede aan het algemene rechtszekerheidsbelang. De rechtvaardiging is gelegen in het feit dat door het verstrijken van de verjaringstermijn het belang bij nakoming verloren is gegaan. Mocht de vordering op dat moment toch nog actueel en verifieerbaar zijn, dan ontbreekt de rechtvaardiging voor verjaring.²

In deze bijdrage wordt nader ingaan op de discussie onder de moraaltheologen van de vroegmoderne tijd betreffende het doel en de rechtvaardiging van verjaring. Wij zullen zien dat deze schrijvers daarbij niet altijd een onderscheid maken tussen enerzijds het doel en anderzijds rechtvaardiging en voorts dat een mogelijke rechtvaardiging die Smeehuijzen voor het huidige recht geen rol van betekenis toekent, namelijk bestraffing van de nalatigheid van de rechthebbende, uitvoerig aan de orde komt. Omdat de moraaltheologen hun opvattingen spiegelen aan de rechtsbronnen van het *ius commune* en aan de theologische doctrine van de late Middeleeuwen, zal eerst kort worden ingaan op de gevestigde tradities voorafgaand aan de zestiende eeuw om vervolgens te komen tot de leer van de vroegmoderne scholastici zelf. Meestal is die leer te vinden in de geschriften die een weerslag vormen van hun onderwijs over een deel van de *Summa Theologiae* van Thomas van Aquino (1225–1275), dat wel wordt aangeduid als *De iustitia et iure* (ST II II, q. 57–80). Vervolgens wordt nog kort ingegaan op de relevantie van de vroegmoderne scholastiek voor het rechtsdenken in het algemeen en op de invloed ervan op de opvattingen van Hugo de Groot (1583–1645). Ter afsluiting keren wij terug naar Vitoria. Overigens moet worden opgemerkt dat de moraaltheologen bevrijdende verjaring veelal in nauwe samenhang zien met of als de keerzijde van de verkrijgende verjaring en dat, als het gaat om de rechtvaardiging van het beginsel, geen wezenlijk onderscheid wordt gemaakt tussen het verlies van eigendom en het verlies van beperkte rechten of andere goederen.

2 J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring*, [s.l.][2008], p. 19-73.

2. De bronnen van het *ius commune*

De moraaltheologen uit de vroegmoderne tijd kenden de Romeinsrechtelijke teksten die erop wijzen dat verjaring zekerheid verschaft ten aanzien van de vraag wie de rechthebbende is, een vorm dus van rechtszekerheid, en dat daarmee het algemeen belang is gediend. Dit was neergelegd in de steeds opnieuw geciteerde uitspraak van de hoogklassieke jurist Gaius (ca. 110–180) uit de Digesten, dat verjaring is ingevoerd ten behoeve van het algemeen welzijn, zodat wordt voorkomen dat onzekerheid blijft bestaan omtrent de eigendom van zaken, aangezien het toereikend is dat eigenaren een beperkte periode de gelegenheid hebben om hun zaken te achterhalen.³ Een tweede, wellicht hiermee samenhangend doel van verjaring was te vinden in de uitspraak van de jurist Neratius († na 133), eveneens opgenomen in de Digesten, namelijk dat verjaring in het leven is geroepen om juridische procedures te voorkomen.⁴ Het eerstgenoemde doel werd ook genoemd in de Codex, namelijk in een constitutie van keizer Justinus (ca. 450–527), oorspronkelijk daterend uit het jaar 525. Deze keizer had een nadere bepaling betreffende verjaring ingevoerd en daarbij met zoveel woorden verklaard dat deze ook strekte om te voorkomen dat bepaalde bezitters gebukt zullen gaan onder een schier onophoudelijke vrees.⁵ Het enige verschil met de Digesten-teksten was dat hier geen melding werd gemaakt van het algemeen belang dat door de bescherming van het belang van de individuele bezitter of debiteur wordt gediend. De laatscholastieke auteurs kenden ook een uitspraak van Cicero (106–43 voor Chr.) uit diens rede *pro Caecina* (69 voor Chr.) waarin de functie van verjaring kernachtig wordt omschreven als “het einde van onze zorgen en van de dreiging van een proces”.⁶ Het Romeinse recht lijkt derhalve weinig aanknopingspunten te bieden om de rechtvaardiging van bevrijdende verjaring te zoeken in de bestraffing van de nalatige rechthebbende.

Het canonieke recht lijkt dat evenmin te doen. Gratianus nam in zijn Decreet (1140/45) een serie canoniekrechtelijke teksten op, waarin de Romeinse verjaringsregels in grote lijnen werden bevestigd. Deze teksten stonden op naam van de kerkvader Augustinus (354–430), paus Gelasius I († 496), het vierde concilie van Toledo uit het jaar 633 en een concilie onder paus Urbanus II († 1099) uit het jaar 1095.⁷ Wel ontstond aan het einde van de twaalfde eeuw een discussie onder de decretisten omtrent de voor verjaring vereiste goede trouw. Men meende dat in afwijking van het Romeinse recht goede trouw gedurende de gehele verjaringsperiode is vereist. Aangezien het Decreet van Gratianus dit vereiste op deze wijze niet onder woorden had gebracht en naar Romeins recht goede trouw alleen werd vereist bij de aanvang van de verjaring, werden twee teksten in omloop gebracht

3 D. 41.3.1 *Gaius libro vicensimo primo ad edictum provinciale* Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.

4 D. 41.10.5pr *Neratius libro quinto membranarum* Usucapio rerum, etiam ex aliis causis concessa interim, propter ea, quae nostra existimantes possideremus, constituta est, ut aliquis litium finis esset.

5 C. 7.39.7pr *Imperator Justinus A. Archelao pp.* (...) nostrae provisionis esse perspeximus hoc quoque emendare, ne possessores eiusmodi prope immortali timore teneantur.

6 Cicero, *Pro Caecina*, cap. 26: (...) usucapio (...) est finis sollicitudinis ac periculi litium.

7 D.70 c.2, C.16 q.3 c.1–17 en C.34 q.1–2 c.5.

die de vorm hadden van een decretale en uiteindelijk werden opgenomen in het *Liber Extra* (1234). Het waren de decretale *Sanctorum patrum* (X 2.26.3), gesteld op naam van paus Gregorius I (ca. 540–604), die goede trouw gedurende de gehele verjaringperiode eiste, en de decretale *Vigilanti* (X 2.62.5), gesteld op naam van paus Alexander III († 1181), waarin de Romeinse regel dat later opkomende goede trouw de verjaring niet schaadt, van de hand werd gewezen en de Romeinse dertig- en veertigjarige verjaringen onafhankelijk van goede trouw alle rechtskracht werd ontzegd.⁸ Het Vierde Lateraanse Concilie van 1215 onder paus Innocentius III († 1216) veralgemeniseerde en codificeerde het uitgangspunt. Volgens canon 44 van het concilie, de canon *Quoniam omne*, is voor alle verjaringen, zowel die naar wereldlijk als die naar kerkelijk recht, een onafgebroken goede trouw gedurende de volledige verjaringstermijn vereist. Ook deze bepaling werd opgenomen in het *Liber Extra* (X 2.26.20). In de titel *De regulis iuris* van het *Liber Sextus* (1298) vindt men ten slotte nog het adagium dat een bezitter te kwader trouw nooit door verjaring kan verkrijgen.⁹

De teksten uit het Decreet van Gratianus en het *Liber Extra* geven geen aanleiding te veronderstellen dat verjaring een ander doel en rechtvaardiging zou hebben dan die welke in de Romeinse teksten tot uitdrukking komen. Het Decreet bevat een canon, waarin uitdrukkelijk over nalatigheid (*negligentia*) wordt gesproken, in casu nalatigheid van een bisschop om zorg te dragen voor een deel van zijn dioceses, waar heresie de kop op heeft gestoken. De bepaling zegt dat een naburige bisschop die zich over de betreffende parochies ontfenmt en deze weet te bewegen tot het geloof terug te keren, in een tijdsverloop van drie jaar de jurisdictie over dit gebied buiten zijn eigen dioceses verkrijgt ten koste van de jurisdictie van de nalatige bisschop.¹⁰ In deze tekst werd de genoemde nalatigheid echter nergens als een grondslag of een rechtvaardiging voor de verjaring aangevoerd. Dat gebeurde evenmin in de *dicta* van Gratianus die direct op de tekst volgen.

De hierboven genoemde decretale *Vigilanti* verwees naar de ‘Efesische wetgever’ – bedoeld was Theodosius II (401–450) die het Concilie van Efese (431) bijeen had geroepen – die in een constitutie, opgenomen in de *Codex Justinianus* als C. 7.39.3, als eerste had bepaald dat, ongeacht de goede trouw van de verkrijger, de vordering van de rechthebbende na een periode van 30 jaar teniet gaat. Deze regel werd van de hand gewezen “of de zaken nu kenbaar zijn of verborgen”, hetgeen volgens de Glosse zoveel moet betekenen als “of de rechthebbende nu weet of niet weet dat verjaring plaatsvindt”. Interessant is waarom volgens de decretale de bepaling ooit door Theodosius werd ingevoerd, namelijk enkel en alleen om te ontkomen aan de traagheid van de armzaligen en aan langdurige vergissing en verwarring.¹¹ Het canonieke recht levert derhalve weinig of geen aanwijzingen op

8 Volgens sommigen zijn de teksten ten onrechte op naam van Gregorius en Alexander III gezet; zie N. Vilain, *Prescription et bonne foi du Décret de Gratien* (1140) a Jean d’André († 1348), *Traditio* 14 (1958), p. 121–189.

9 Regula II van De regulis iuris: *Possessor malae fidei ullo tempore non praescribit*.

10 C.16 q.3 c.15 (verg. ook X 2.26.1); Gratianus meende dat deze tekst canon 88 van een Afrikaans Concilie weergeeft; bij Mansi (*Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, Vol. IV, kolom 333) is het canon 24 van het tweede Concilie van Milevis uit het jaar 416.

11 X 2.26.5 (...) Ephesus enim legislator solum propter uitandam miserorum segnitiam et longi temporis errorem et confusionem primus tricennali uel quadragenali praescriptioni uigorem legis imposuit. Nobis autem tam in rebus cognitibus quam latentibus placuit non habere uigorem (...).

dat invoering van de verjaringsregels (mede) zou zijn gericht op het bestraffen van nalatigheid.

3. Laat–middeleeuwse theologen over verjaring als straf voor nalatigheid

De gedachte dat de verjaringsregels wel zijn gericht op het bestraffen van de nalatigheid van de rechthebbende, heeft haar oorsprong dus niet in de rechtsbronnen van het *ius commune*. Wij vinden haar wel bij een aantal theologen en canonisten uit de veertiende en vijftiende eeuw. Zij lijkt terug te gaan op een passage uit het commentaar van de Schotse franciscaan Johannes Duns Scotus (1266-1308) op de Sententieën van Petrus Lombardus, de zogenaamde *Ordinatio*, die werd geredigeerd in het eerste decennium van de veertiende eeuw. Duns Scotus noemde twee rechtvaardigingsgronden voor verlies van recht door verjaring. Ten eerste moest de wetgever de verjaringsregel wel invoeren om eindeloze conflicten te voorkomen.¹² Ten tweede mag een wetgever lijfstraffen opleggen aan wie handelingen verricht die de samenleving schade toebrengen. Des te meer mag de wetgever dan een vermogensstraf opleggen aan degene die nalatig is ten aanzien van zijn eigen zaak, omdat dit een bedreiging vormt voor een vreedzame samenleving.¹³

De twee rechtvaardigingsgronden die Duns Scotus hier formuleerde, zijn terug te vinden bij enige andere theologen, van wie de meesten als zijn volgelingen kunnen worden aangemerkt, zoals Gabriel Biel († 1495), die in 1484 als eerste theologie doceerde aan de pas opgerichte Universiteit van Tübingen.¹⁴ Zijn directe collega Konrad Summenhart (ca. 1458–1502), die zich ook uitvoerig met juridische vragen bezighield, erkende dezelfde twee redenen waarom de wetgever de verjaringsregel had ingevoerd. Ook hij meende dat de nalatigheid van de rechthebbende een bedreiging vormt voor de openbare rust, maar niet enkel omdat zij aanleiding geeft tot conflicten. Het niet bebouwen van grond benadeelt de samenleving ook, omdat de opbrengst van grond noodzakelijk is voor het menselijk bestaan. Op vergelijkbare wijze heeft het gebruik van roerende zaken een maatschappelijk nut. Wie zijn zaak verwaarloost zonder zijn recht op te geven, begaat dus een delict jegens de samenleving.¹⁵ Ook in de biechtsumma van de Italiaanse dominicaan Silvestro Mazzolini da Prierio (Sylvester Prierias, 1456/1457–1527), die maar liefst

12 Johannes Duns Scotus, *Ordinatio, Liber Quartus* [Opera Omnia XIII], Vaticaanstad 2011, dist. 15, q. 2, art. 2, prima conclusio (p. 84): (...) quod est necessarium ad pacificam conuersationem subditorum (...), quia si non transferretur dominium in illum occupantem, sed remaneret apud priorem, habentem rem pro derelicta, post quantumcumque tempus, essent lites immortales (...).

13 *Ibid.*: (...) Sed negligens rem suam tanto tempore, transgreditur, ita quod eius transgressio est in detrimentum reipublicae, quia impedimentum pacis (...).

14 Gabriel Biel, *Collectorium circa quattuor libros Sententiarum. Libri quarti pars secunda* (ed. W. Werbeck en U. Hofman), Tübingen 1977, Liber IV, dist. 15, q. 14, art. 1: (...) Haec enim duplex est: una ut pax, qua res publica fovetur, conservetur per immortalium litium extinctionem; secunda, ut negligentes in rebus suis negligentia, quae redundat in confusionem possessionum et discordiarum excitationem, poenas debitas sentiant (p. 320). Zie ook art. 2 conclusio 1 (p. 320–322), waar Biel stelde dat verjaring niet kan plaatsvinden ten koste van een onwetende, omdat een onwetende rechthebbende niet nalatig is.

15 Conradus Summenhart, *De contractibus licitis atque illicitis tractatus*, Venetië 1580, Tract. I, q. 15 (p. 48).

veertig keer werd herdrukt, werd gesteld dat verjaring was ingevoerd om de nalatigen te bestraffen en sociale onrust tegen te gaan.¹⁶

Het is echter de vraag of de laat-middeleeuwse schrijvers die in de voetsporen van Duns Scotus erkenden, dat de verjaringsrechtsregels beoogden nalatigheid van de rechthebbende te bestraffen, ook van mening waren dat in concrete gevallen ook daadwerkelijk sprake moet zijn van nalatigheid teneinde het betreffende recht te kunnen verliezen. Dat lijkt omstreden te zijn geweest en verschillende schrijvers wezen die opvatting af. De theoloog en canonist Nicolaus de Tudeschis (Panormitanus, 1386–1445), die doceerde in Bologna en later, in 1435, aartsbisschop van Palermo werd, stelde in zijn commentaar op het tweede boek van het *Liber Extra*, geschreven tussen 1421 en 1431, dat de wetgever met de verjaringsregel nalatigheid had bestraft en conflicten tot een einde had gebracht. Tudeschis erkende tegelijkertijd dat, als aan alle voorwaarden was voldaan – en het canonieke recht eiste goede trouw gedurende de gehele verjaringstermijn –, de verjaring ook effect heeft ten nadele van een rechthebbende die zijn rechten niet kende of afwezig was. Kennelijk volstond hier de andere rechtvaardigheidsgrond, die van de rechtszekerheid, om de verjaring te doen plaatsvinden. Bovendien stelde Tudeschis dat, wanneer naar kerkelijk recht eigendom was overgegaan door verjaring, er in het *forum internum* evenmin nog een restitutieplicht bestond.¹⁷

In zijn commentaar op de Sententiën (1509) stelde de Schotse filosoof John Mair (1467-1550) dan wel niet dat verjaring was ingevoerd om nalatigheid te bestraffen, maar wel om waakzaamheid te bevorderen. Er zijn drie redenen waarom de verjaringsregel als redelijk kan worden aangemerkt, zo meende hij: de regel brengt conflicten tot een einde, maakt dat mensen waakzaamheid betrachten jegens hun eigen zaken en verlost de maatschappij van passiviteit.¹⁸ Maar welke gevolgen moeten wij toekennen aan een onoverkomelijk gebrek aan wetenschap aan de zijde van de rechthebbende? Sommigen vergelijken die situatie met de rechtvaardige oorlog of met de repressaliën, zo zei Mair, waar mensen zonder enige voorafgaande nalatigheid legitiem worden beroofd van hun zaken. Mair vond echter dat die vergelijking niet opgaat. Als Sortes niet nalatig is, omdat hij bijvoorbeeld afwezig is, of belemmerd wordt, of ijverig zijn zaak zoekt, maar dit de bezitter Plato niet ter ore komt, dat Plato dan na het voltooien van de verjaring gehouden is het oude eigendomsrecht van Sortes weer te herstellen. Als de rechter hem daar niet toe verplicht, dan is hij in het *forum* van het geweten gehouden te restitueren.¹⁹

16 *Summa summarum que Sylvestrine dicitur*, [Straatsburg][1518], bij het woord *Prescriptio*, q. 14 (fol. 378rb): (...) quia lex potest aliquem pro peccato et negligentia punire in re sua (...) prescriptio, que inducta est principaliter in penam negligentium et quietem ciuitatis (...).

17 Panormitanus, *Tertia super secundo decretalium*, [Lyon][1534], ad X 2.26 (rubrica) n.1 (fol. 20rb), ad X 2.26.5 n.3 (fol. 25ra–b; in geval van verlies van beperkte rechten op onroerende zaken is evenwel restitutie mogelijk) en ad X 2.26.5 n.6 (fol. 25rb–25va).

18 Joannes Maior, *In quartum sententiarum quaestiones utilissime*, [Paris] [1516], Dist. XV, q. 11, concl. 1 (fol. 77vb): (...) sed hec lex est rationabilis quia imponit finem litibus et reddit homines pro suis rebus uigilantes et ueternum de republica tollit (...). *Ibid.* concl. 2 (fol. 78ra–b): (...) finis prescriptionis est litibus finem imponere et uiros reddere uigilantes circa res suas custodiandas (...). Amplius patet quod causa finalis prescriptionis est euitare lites in politia et reddere homines uigilantes.

19 *Ibid.* q. 11, concl. 2 (fol. 78ra–b): (...) ergo ubi legislatori (qui est lex animata quinto ethicorum) constiterit quod sortes non erat negligens, puta erat aliunde, legitime impeditur, uel quesuiit diligenter rem suam, sed rumor ad platonem non peruenit, plato est cogendus post tempus prescriptionis antiquum dominium sorti restituere. Et si hoc non faciat iudex, plato in foro conscientiae ad restitutionem tenetur (...).

Kennelijk dient het rechtszekerheidsbelang volgens Mair niet te prevaleren, indien de rechthebbende geen verwijt kan worden gemaakt.

4. Verjaring als straf voor nalatigheid: Adriaan van Utrecht, Juan de Medina en Alfonso de Castro

De moraaltheologen van de vroegmoderne scholastiek verwezen met een zekere regelmaat naar drie tijdgenoten, die zij aanmerkten als verdedigers van de leer dat verjaring is ingevoerd ter bestraffing van de nalatigheid van de rechthebbende. Deze auteurs kunnen zelf worden gerekend tot de vroegmoderne scholastiek in de zin dat zij de vraag behandelden of de verjaringsregels van het *forum externum* ook gelding hebben in het *forum internum*. Bovendien vertoonde hun benadering dezelfde dialectiek die zo kenmerkend was voor de vroegmoderne scholastiek: een moraaltheologische benadering van juridische vragen waarbij de grote tradities van filosofie, theologie en rechtswetenschap met elkaar in aanraking kwamen. Die drie bedoelde auteurs, Adriaan van Utrecht, Juan de Medina en Alfonso de Castro, namen wel ieder hun eigen standpunt in.

Adriaan van Utrecht, eigenlijk Adriaan Floriszn (1459–1523) die in 1522 paus zou worden, ontvouwde zijn opvattingen inzake de gelding van de verjaringsregels in het *forum internum* in de colleges die hij tussen 1499 en 1509 gaf aan de Universiteit van Leuven over het vierde boek van de Sententiën. Buiten zijn weten om werden die colleges in 1516 in Parijs uitgegeven. Volgens Adriaan vereist verjaring in het *forum internum* een afdoende grondslag, een *causa sufficiens*. Als iemand niet nalatig is, althans niet op een wijze die een doodzonde oplevert, dan vindt naar het geweten geen verjaring plaats en blijft de ander gehouden de zaak te restitueren. Verjaring vindt in het *forum internum* dus niet plaats, als de rechthebbende wel heeft geprobeerd zijn zaak te vinden, maar niet bij de daadwerkelijke bezitter, als hij uit zachtmoedigheid afziet van procederen, om een goede reden is verhinderd de zaak op te vorderen, of afziet van procederen vanwege de overlast die een proces met zich meebrengt. Dat zijn geen van alle vormen van nalatigheid die de overgang van eigendom kunnen rechtvaardigen. Dit impliceert dat een verkrijger voor het *forum* van het geweten zelden of nooit veilig is. Aan het feit dat rechtens dan toch eigendom overgaat, is geen tegenargument te ontleen, zo stelde Adriaan. Dat gebeurt ook bij gedwongen schenking en rentebetaling en dan nog blijft in geweten een plicht bestaan om te restitueren.²⁰ Adriaan van Utrecht onderschreef dus niet alleen de bestraffing van nalatigheid als een rechtvaardiging van verlies van recht door verjaring, maar vatte voor het *forum* van het geweten, anders dan Nicolaus de Tudeschis voor hem, nalatigheid op als een voorwaarde waaraan moest zijn voldaan. De rechthebbende moest zich schuldig hebben gemaakt aan nalatigheid en zelfs een nalatigheid die een doodzonde impliceerde, wilde hij zijn recht verliezen.

20 Hadrianus VI, *Quaestiones de sacramentis in quartum sententiarum librum* [Rome][1522], herdruk Ridgewood 1964, § Mihi autem sine preiudicio (fol. 82va-b).

Een vergelijkbaar standpunt is te vinden bij de Spaanse franciscaan Juan de Medina (1490–1547), die theologie doceerde aan de Universiteit van Alcalà en een uiterst succesvolle verhandeling schreef over boete, restitutie en contracten. In dit werk stelde Medina dat er twee gronden waren om verjaring in te voeren. In de eerste plaats was dit noodzakelijk om een einde te maken aan de talloze conflicten. Ten tweede is het gedrag van nalatigen, die geen zorg dragen voor hun zaken, hun akkers niet bebouwen en niet zelf of door middel van een ander vrucht trekken uit hun eigendommen, schadelijk voor het algemeen maatschappelijk belang.²¹ Medina verwierp de opvatting dat de verjaringsbepalingen niet zozeer zijn ingevoerd om nalatigheid te bestraffen, als wel om die te voorkomen. Sommigen lazzen dat in de *Siete Partidas* (Part. III.29.1), maar Medina zag in deze tekst geen tegenargument, maar zowel een preventieve als een bestraffende werking. Medina stelde niet als Adriaan de eis dat er een *causa sufficiens* voor de verjaring moet zijn die dan enkel kan bestaan in een zeer ernstige vorm van nalatigheid, samenvallend met een doodzonde. Hij meende wel dat verjaring niet mogelijk is wanneer de rechthebbende een goede reden heeft, een *legitima et iusta causa*, om zijn recht niet te handhaven. Daarmee lijkt hij sterker aan te sluiten bij de opvatting van John Mair. In vergelijking met Adriaan stelde hij minder strenge eisen aan de *negligentia* van de rechthebbende. Vormen van nalatigheid die niet kunnen worden aangemerkt als een goede reden om af te zien van rechtshandhaving, staan de verjaring niet in de weg, ook al impliceren zij nog altijd geen doodzonde. Terwijl bij Adriaan praktisch iedere rechthebbende in het *forum internum* wordt beschermd tegen verjaring van civiel of kerkelijk recht, zijn dat bij Medina alleen degenen die niet in staat zijn hun recht af te dwingen of daartoe worden verhinderd, want is er een geoorloofde en goede reden om dat niet te doen. Zo worden dus niet alle rechthebbenden beschermd, maar wel de krankzinnigen, de minderjarigen, de onwetenden, de zonen onder vaderlijk gezag, de vrouwen, en de mannen die geen beheer over hun eigen vermogen hebben.

De derde auteur is de franciscaanse theoloog en jurist Alfonso de Castro (1495–1558), die doceerde in Salamanca. In zijn hoofdwerk, *De potestate legis poenalis libri duo*, gepubliceerd in 1550, onderzocht hij de aard en de verbindende kracht van het strafrecht. Daarbij ging hij ook uitvoerig in op de bestraffende werking van verjaring in het *forum internum*. De verjaringsregel wordt als rechtvaardig aangemerkt, omdat zij de maatschappelijke rust bewaart en een eind maakt aan vele geschillen. Maar de regel is ook bestraffend. Zij straft de rechthebbende, die nalatig is geweest in het omzien naar en het zorg dragen voor zijn zaak, door hem die zaak, die anders van hem zou zijn, te ontnemen. Het recht beschouwt een dergelijke nalatigheid zo ernstig en hardnekkig, dat de nalatige terecht met die straf wordt gestraft, zodat hij vanzelf direct wordt beroofd van zijn eigendomsrecht.²²

21 Johannes Medina, *Tomus secundus in quo de restitutione* (De poenitentia, restitutione et contractibus), Brzesc 1606, Quaestio XVI (p. 131-132, 137).

22 Alfonsus a Castro, *De potestate legis poenalis libri duo*, Lyon 1550, Liber II, cap. 5: (...) Tanti enim aestimat ius negligentiam illam tam prolixam et tam obstinatam, ut iudicet illum sic negligentem tali poena esse merito puniendum, ut eo ipso sit prorsus illius dominio priuatus (...) (p. 321).

Van de drie hier genoemde auteurs die het bestraffende karakter van verjaring erkennen, meenden alleen Adriaan en Medina dat nalatigheid een vereiste is om in het *forum* van het geweten door verjaring een recht te verliezen. Adrianus eiste daarbij zelfs een zeer ernstige nalatigheid die samenviel met een doodzonde. Alleen de doodzonde is een *causa sufficiens* die verlies van recht kan rechtvaardigen. Medina achtte iedere vorm van nalatigheid toereikend voor verlies van recht door verjaring, tenzij er een *legitima et iusta causa* bestond voor die nalatigheid. Alleen Medina kwam tot de consistente gevolgtrekking dat, wanneer de rechthebbende was verhinderd om zijn recht te handhaven, bijvoorbeeld omdat hij zich er niet van bewust was rechthebbende te zijn, er geen verjaring ten koste van zijn positie kon plaatsvinden. Zoals gezien, kon dat volgens de laat-middeleeuwse canonist Nicolaus de Tudeschis, juist wel en dat niet alleen in het *forum externum*, maar ook in het *forum internum*.

De hier genoemde moraaltheologen stonden met hun standpunt misschien niet helemaal alleen. Wellicht bestond ook onder de juristen de opvatting dat de voornaamste rechtvaardiging van het *forum externum*, namelijk die van de rechtszekerheid, voor het *forum internum* geen gelding heeft en dat met het wegvallen van deze ratio ook de verjaring voor het *forum internum* niet kon worden gebaseerd op die rechtszekerheid. Deze opvatting lijkt echter geen meerderheidsopvatting te zijn geworden.²³

5. Verjaring als rechtszekerheid: Domingo de Soto, Domingo Bañes en Miguel Bartolomé Salón

De gedachte dat verjaring dient ter bestraffing van nalatigheid van de rechthebbende en dat verjaring in het *forum internum* derhalve niet kan plaatsvinden ten nadele van een rechthebbende die zijn recht niet kent, werd door de overgrote meerderheid van de vroegmoderne moraaltheologen verworpen. Wij zullen nu eerst kort ingaan op een drietal auteurs uit de tweede helft van de zestiende eeuw, namelijk Soto, Bañes en Salón. Daarna komen enige schrijvers aan de orde die leefden en werkten aan het einde van de zestiende en het begin van de zeventiende eeuw, een periode die werd gedomineerd door de jezuïeten.

De dominicaanse theoloog Domingo de Soto (1494–1560), die doceerde in Alcalà en Salamanca, ging in zijn werk *De iustitia et iure* (1553) nader in op de hierboven genoemde mening van Adriaan en lichtte die verder toe. Als verjaring dient om ernstige nalatigheid te bestraffen, dan zal, wanneer er geen sprake is van ernstige nalatigheid, de verbindende kracht van de rechtsregel wegvallen. In het *forum externum* zal de zaak dan wel worden toegewezen aan de verjaringsbezitter, maar die zal in geweten gehouden zijn om te restitueren. Soto wees deze opvatting

23 De opvatting werd bestreden door onder anderen de Italiaanse humanistische jurist Andrea Alciato (1492–1550) en door de canonist Diego de Covarruvias y Leyva (1512–1577), die doceerde te Salamanca en later bisschop van Segovia werd. Zie: Andreas Alciatus, *De quinque pedum praescriptione liber unus*, Leiden 1530, p. 63–66 en Didacus Covarruvias, *Relectio cap. Quamvis pactum, de pactis, regul. Possessor malae fidei libro sexti (...)*, Lyon 1558, ad regulam ‘Possessor’ relectio, Pars III, § 2, n. 2–3 (fol. 244v–245r).

van de hand. Wie te goeder trouw door verjaring heeft verkregen is veilig in geweten, of de rechthebbende nu nalatig was of niet. Hij baseerde die opvatting in de eerste plaats op de theologen die het bestaan van verjaring hadden erkend, zoals Thomas van Aquino, Duns Scotus en anderen. In de tweede plaats wees hij op teksten, opgenomen in het Decreet van Gratianus, waarmee het bestaan van verjaring werd aanvaard in het kerkelijk recht. Uit de decretalen *Vigilanti* en *Quoniam omne*²⁴ leidde hij vervolgens af dat de pausen deze regels niet alleen hadden goedgekeurd voor het *forum externum* maar ook voor het geweten. Deze zeer kundige pausen hadden immers enkel en alleen verjaring te kwader trouw voor ongeldig verklaard en zodoende ingestemd met verjaring die steunt op goede trouw. De opvatting van Adriaan werd vervolgens weerlegd. Het belangrijkste argument daarbij van Soto was dat de grond voor verjaring juist niet is gelegen in verwijtbare nalatigheid van de rechthebbende, maar in het algemeen belang van de rechtszekerheid. Om dit te onderbouwen citeerde hij de uitspraak van Gaius uit de Digesten, namelijk dat verjaring is ingevoerd ten behoeve van het algemeen welzijn, zodat wordt voorkomen dat onzekerheid blijft bestaan omtrent de eigendom van zaken,²⁵ en de uitspraak uit de decretale *Vigilanti*, dat de Efezische wetgever enkel en alleen om te ontkomen aan de traagheid der armzaligen en langdurige vergissing en verwarring de dertig- en veertigjarige verjaring kracht van wet had gegeven.²⁶ Verjaring dient dus niet om nalatigheid te bestraffen, maar om het algemeen belang te dienen. En niet het eerstgenoemde doel is het voornaamste, maar het tweede, dat van de rechtszekerheid. De consequentie van Adriaans opvatting zou bovendien zijn dat verjaring praktisch nooit plaatsvindt. Verwijtbare nalatigheid jegens eigen zaken levert namelijk slechts zelden een doodzonde op. Spilzucht (*prodigalitas*) op zich impliceert immers geen doodzonde, maar dat enkel in bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld wanneer familie of armen in grote nood verkeren en een beroep op doen op de verspiller.²⁷

Over de opvatting van Domingo Bañes (1528-1604), de dominicaanse theoloog die Medina in 1580 opvolgde aan de Universiteit van Salamanca, kunnen wij kort zijn. In zijn *Decisiones de iustitia et iure* (1580) stelde hij dat, als is voldaan aan de vereisten die worden gesteld door het kerkelijke recht, dus inclusief de goede trouw van de verkrijger gedurende de gehele verjaringsperiode, de bezitter ook naar geweten eigendom verkrijgt en eigenaar blijft als hij na voltooiing van de verjaring zou ontdekken dat een ander rechthebbende was geweest. De rechtsregel die eigendom laat overgaan op anderen tegen de wil van de eigenaren is gerechtvaardigd wanneer die strekt tot het algemeen belang. Vervolgens kwam Bañes er dan toe om twee rechtvaardigingen van verjaring te noemen, die hij onderbouwde met verwijzingen naar de bekende definitie van Gaius uit de Digesten, de decretale *Vigilanti*, een *dictum* van Gratianus²⁸ en de eerder genoemde uitspraak van Cicero

24 X 2.26.5 en X 2.26.20.

25 D. 41.3.1.

26 X 2.26.5, zie ook noot 11.

27 Domingo de Soto, *De iustitia et iure*, Salamanca 1556 (facsimile uitgave Madrid 1968 met inleiding van V.D. Carro en vertaling van M.G. Ordóñez), Liber IV, q. 5, art. 4 (Vol. II, p. 325).

28 D. 41.3.1, X 2.26.5 en DG (Potest) post 16 q.3 §15.

uit *Pro Caecina*. De eerste rechtvaardiging bestaat in de rechtszekerheid, de tweede in het voorkomen van conflicten. Over bestraffing van nalatigheid sprak hij niet.²⁹

Ook Miguel Bartolomé Salón (1539–1621), een Augustijns theoloog die doceerde in Valencia, kan worden gerekend tot de bestrijders van de leer van Adriaan. In het eerste deel van zijn *Commentariorum in disputationem de Iustitia*, gepubliceerd in 1591, stelde hij dat de pausen in hun decretalen betreffende verjaring geen enkele relevantie hebben toegekend aan de nalatigheid van de rechthebbende. Hadden zij dat wel gedaan, dan waren daar twee nadelen uit voortgevloeid. Er zou bijna nooit verjaring plaatsvinden, want nalatigheid van rechthebbenden bestaat in de regel uit onwetendheid en vergeetachtigheid en dat zijn hooguit dagelijkse zonden, zeker geen doodzonden. Ten tweede is niet met zekerheid vast te stellen of iets een doodzonde is en of de nalatigheid dus toereikend is om verjaring te rechtvaardigen. Ten gevolge daarvan ontstaan conflicten en raken mensen in gewetensnood, terwijl de verjaringsregels nu juist tot doel hebben om conflicten op te lossen en het bezwaarde geweten te ontlasten.³⁰ Salón stelde weliswaar dat voor verjaring drie doelen kunnen worden onderscheiden, namelijk (i) het tegengaan van conflicten, (ii) het verschaffen van rechtszekerheid en (iii) het bestraffen van nalatigheid, maar die doelen hebben niet altijd en overal hetzelfde effect. Het eerste doel rechtvaardigt dat verjaring plaatsvindt in het *forum externum*. Het tweede doel is op zich ook toereikend om verjaring te rechtvaardigen voor het geweten. Immers ook in het *forum internum* is het van groot belang dat er zekerheid omtrent eigendomsrecht bestaat. Het derde doel, de bestraffing, houdt daarentegen slechts weinig verband met de bedoeling van de rechtsregel, aangezien verjaring gewoon plaatsvindt als aan de voorwaarden is voldaan, onafhankelijk van de nalatigheid van de rechthebbende. De regel kent de verkrijger een recht toe, maar kan niet worden gezegd de rechthebbende te bestraffen. Salón meende dan ook dat Alfonso de Castro ten onrechte een bestraffend karakter had toegekend aan de verjaringsregel.³¹

6. **Jezuïeten uit de latere periode: Luis de Molina, Juan de Dicastillo en Juan de Lugo**

Binnen de school van de vroegmoderne scholastiek hadden de jezuïeten aan het einde van de zestiende eeuw de fakkel overgenomen van de dominicanen. Het afwijzen van de opvatting van Adrianus en Medina, dat verjaring dient ter bestraffing van nalatigheid en dat bij het ontbreken van nalatigheid in het *forum* van het geweten een restitutieplicht blijft bestaan, was toen al een gevestigde traditie geworden. De jezuïeten hebben die bevestigd. Het is alleen de vraag welke overwegingen zij nog aan de discussie hebben toegevoegd.

²⁹ Dominicus Bañes, *Decisiones de iustitia et iure*, Venetië 1595, Praeambulum ad Q. 62, p. 103.

³⁰ Michael Bartholomeus Salón, *Commentariorum in disputationem de Iustitia quam habet D. Tho. secunda sectione secundae partis suae Summae Theologicae*, Tom. I, Valentia 1591, Tractatus de dominio rerum, q. 5, art. 7 (kolom 576-577).

³¹ *Ibid.*, kolom 579.

Luis de Molina (1535-1600), die doceerde in Coimbra, Évora en Cuenca, stelde in zijn *De iustitia et iure*, daterend uit 1593, dat hetgeen de wet heeft vastgesteld in het algemeen belang geen nalatigheid van de zijde van de rechtshebbende vereist. Bovendien is de verkrijger niet in staat om te beoordelen of de rechthebbende iets valt te verwijten. Juist zonder de rechtsregel zou hij in grote gewetensnood verkeren. De rechtszekerheid dient veel zwaarder te wegen dan de onachtzaamheid van de rechthebbende. De pausen hebben de Romeinse verjaringsregels met slechts één wijziging goedgekeurd en bij de Romeinse regels speelt het bestraffen van de rechtshebbende geen enkele rol.³²

Ook jezuieten uit de eerste helft van de zeventiende eeuw bevestigen dit beeld. Juan de Dicastillo (1584-1653), die theologie doceerde in Toledo, Murcia en Wenen, ging in zijn *De iustitia et iure*, gepubliceerd in 1641, zeer uitvoerig in op de rechtvaardiging van verlies van rechten door verjaring. Naast de rechtszekerheid als rechtvaardiging van verjaring, noemde hij als tweede reden dan wel niet de bestraffing van nalatigheid, maar wel het feit dat door verjaring de traagheid en passiviteit van hen die maar uitstellen hun rechten en eigendommen geldend te maken teniet worden gedaan. Vervolgens ging hij in op de opvatting van Adriaan en Medina dat de verjaringsregel geen gelding zou hebben in het *forum* van het geweten. De meerderheid van de theologen meent echter dat degene die te goeder trouw door verjaring verkrijgt, in geweten veilig is, al zou hij ontdekken dat er bij de rechthebbende zelfs een onoverkomelijk gebrek aan wetenschap had bestaan. Tenslotte besteedde Dicastillo ruime aandacht aan de gehele theologische traditie die verlies van recht beschouwt als een bestraffing voor nalatigheid, maar kwam vervolgens tot de slotsom dat verjaring toch veeleer is ingevoerd vanwege het algemeen welzijn. In het recht wordt wel gesproken over nalatigheid, maar dat is eigenlijk geen zonde. Dikwijls bestaat die in louter passiviteit of heeft die een onvrijwillig karakter. Nalatigheid wordt desalniettemin in zekere zin bestraft, en dat gebeurt terecht om daarmee anderen in beweging te krijgen.³³

Juan de Lugo 1642 (1583-1660), die doceerde in Valladolid en in 1643 kardinaal werd gecreëerd, meende dat een legitieme verjaring ook effect heeft in het *forum internum*. De opvatting dat verjaring afhankelijk is van schuld van de rechthebbende, wees hij af. Hij voerde daarvoor een aantal argumenten aan. De menselijke wet kan ten behoeve van het algemeen belang bepalen dat de bezitter daadwerkelijk eigendom verkrijgt, aangezien een dergelijke bevoegdheid door allen is toegekend aan de menselijke heerser. Het canonieke recht keurt alleen verkrijging te kwader trouw af en keurt dus andere vormen van verjaring goed. Het heeft geen zin te fingeren dat een rechthebbende nalatig is. Er rust op de rechthebbende geen wettelijke verplichting zijn recht geldend te maken. Dan kan er dus geen sprake zijn van schuld en al helemaal niet van een doodzonde, zoals Adriaan vereist. Als schuld van de rechthebbende vereist zou zijn, dan zou dat leiden tot twijfels bij de bezitter, die de schuld van de rechthebbende moet onderzoeken en beoordelen. Uit de bewoordingen uit de decretale *Vigilanti* (X

32 Ludovicus Molina, *De iustitia et iure*, Tomus I, Genève 1733, disp. 61, n.7 (p. 145-146).

33 Ioannes de Dicastillo, *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus libri duo*, Antwerpen 1641, Liber II, Tract. 1, disp. 1, dub. 12, n. 164-170 (p. 134).

2.26.5) “ontkomen aan de traagheid van de armzaligen en aan langdurige vergissing en verwarring” leidde Lugo vervolgens af dat nalatigheid geen toereikende rechtvaardiging kan zijn voor verjaring, maar dat die rechtvaardiging ook is gelegen in het voorkomen van vergissing en verwarring. De wetsbepaling spoort mensen wel aan om zorg te dragen voor hun zaken, hun akkers te bebouwen en hun huizen en gebouwen te onderhouden, zodat die niet door anderen in bezit worden genomen en door verjaring worden verkregen, maar daarbij heeft de decretale geen schuld op het oog in de zin van ernstige verwijtbaarheid, maar een gebrek aan oplettendheid.³⁴

Wij kunnen dus concluderen dat het discours onder de moraaltheologen van de vroegmoderne scholastiek heeft geresulteerd in een *communis opinio*. De belangrijkste rechtvaardiging van het verlies van recht door verjaring bestaat in het algemene belang dat conflicten worden voorkomen en ingedamd. Dit belang rechtvaardigt het verlies van recht zowel voor het *forum externum* als *internum*. Als verjaring daarom plaatsvindt in overeenstemming met de regels van het canonieke recht en daarvoor is nalatigheid van de rechthebbende geen vereiste, dan geldt de verjaring ook onverkort voor het *forum internum*. De regels van het *ius commune* spreken soms van nalatigheid (*negligentia*) of traagheid (*segnities*), maar dit mag niet worden niet opgevat als een verwijzing naar schuld in de zin van zondig of crimineel gedrag dat moet worden bestraft, maar naar een ongewenste passiviteit. Die lijkt in zekere zin te worden bestraft door het verlies van recht, maar wat de betreffende bepalingen veeleer beogen is de rechthebbende aan te sporen om zorg te dragen voor zijn zaken. Nalatigheid impliceert geen verwijtbaarheid, bij gebreke waarvan de rechtsregel geen toepassing zou hebben.

7. Relevantie voor de rechtsontwikkeling en invloed op Hugo de Groot

De rechtvaardiging die de vroegmoderne scholastiek had aanvaard voor verjaring in het *forum internum*, namelijk de rechtszekerheid en met name het feit dat door verjaring conflicten worden ingedamd, stemde misschien niet overeen met de hoogst denkbare ethische standaard van de *caritas*. De *caritas* zou wellicht kunnen vragen om na verjaring toch te restitueren, met name wanneer de rechthebbende onwetend was geweest. De *justitia* verlangde dat voor het *forum* van het geweten uitdrukkelijk niet. Daarmee was er duidelijkheid geschapen. De moraaltheoloog, en niet de individuele pastorant, werd geacht over de expertise te beschikken om te beoordelen welk gedrag de toets voor de eeuwige gelukzaligheid kon doorstaan en de moraaltheologie leerde – althans dat was de *communis opinio* vanaf het einde van de zestiende eeuw – dat wie volgens de regels van het canonieke recht door verjaring een recht had verkregen ten koste van een ander, ook in geweten veilig was.

34 Ioannes de Lugo, *De Iustitia et iure*, Tom. I, Lyon 1642, disp. 7, sect. 1, n. 5–8 (p. 174–175).

Op tweeërlei wijze hebben de geschriften van de vroegmoderne scholastici een maatschappelijke relevantie gehad. In de eerste plaats fungeerden de moraaltheologen van de vroegmoderne scholastiek over het algemeen als raadgever en biechtvader van vooraanstaande politici en kooplieden. Hun opvattingen waren daardoor van direct belang voor het maatschappelijk handelen en de heersende moraal van het handelsverkeer van hun eigen tijd. In de tweede plaats werden de normen die zij formuleerden voor het *forum internum* weldra een voedingsbodem voor de natuurrechtscholen in Noord-Europa. Die hebben zich er immers op toegelegd tijdloze rechtsstelsels te ontwikkelen die beantwoordden aan een gerechtigheidsideaal en zich tegelijkertijd leenden om in de praktijk te worden toegepast. Zo zijn er talloze verbindingslijnen te construeren, beginnend bij de opvattingen van de vroegmoderne scholastici via de Noord-Europese natuurrechtscholen naar de codificaties van het privaatrecht in continentaal Europa in de negentiende eeuw.

De doctrinaire werken van de Noord-Europese natuurrechtdenkers zijn echter anders van karakter dan die van hun voorvangers, de Spaanse moraaltheologen. De levendige dialectiek, waarin nog volop sporen van een pluralistische rechtstraditie zijn te proeven en de uiteenlopende juridische, filosofische en theologische argumenten, die voortdurend met elkaar werden geconfronteerd, hebben bij Hugo de Groot plaatsgemaakt voor een monopolistische benadering. Het debat is vervangen door de monoloog. Desalniettemin is het interessant te zien hoe keer op keer de opvattingen uit de vroegmoderne scholastiek bij Hugo de Groot terugkeren. In zijn *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* noemde De Groot drie rechtvaardigingsgronden voor verjaring, namelijk rechtszekerheid, het beëindigen van geschillen, en de aansporing om op eigen zaken te letten. Hij sprak niet over schuld, nalatigheid of straf. Ook meende hij dat wie naar het *forum externum* door verjaring verkrijgt, ook naar geweten de verkregen zaak mag behouden.³⁵ Hoewel de *Inleidinge* wordt gezegd de rechtspraktijk van het gewest Holland te beschrijven en geen natuurrechtelijk traktaat te zijn, sluit De Groot hier eigenlijk naadloos aan bij wat onder de latere moraaltheologen van de vroegmoderne scholastiek de heersende leer was geworden.

8. Epiloog: Vitoria over de rechtvaardiging van verlies van recht door verjaring

Deze bijdrage begon met de casus van de zwangere kloosterzuster die Francisco de Vitoria in de jaren dertig van de zestiende eeuw zijn studenten voorschotelde. De hierboven beschreven discussie onder de moraaltheologen over de rechtvaardiging

³⁵ Hugo Grotius, *Inleidinge tot de Hollandsche rechts-geleerdheid* (red. F. Dovring, H.F.W.D. Fischer, E.M. Meijers), Leiden 1952, II.7.4 (p. 68): Andere volkeren hebben hier in ghebruickt eenighe byzondere rechten, hebbende meest alle door ervarentheid bevonden, dat daer eenig middel most zijn om een yder op 't sijne te doen letten, de eigendommen te stellen in verzeekerheid ende alle gheschillen af te snijden: welcke oorzaken ghenoegezaam zijn om door het tusschenkomen van de wet (de welcke als gezeit is recht heeft boven de eigenaers) den eighendom van den eene te doen overgaen tot den anderen, zulcs ook dat iemand die alzoo wettelick eenig eigendom heeft verkreghe, de zelve met goede gewisse wel mag behouden.

van verjaring had op dat moment nog geen aanvang genomen. De colleges van Adriaan van Utrecht over het vierde boek van de Sententiën waren al wel in druk verschenen. Als Vitoria de leer van Adriaan had gevolgd, dan zou hij moeten menen dat de bastaardzoon in de casus gehouden was om aan de erfgenaam te restitueren. De erfgenaam was zich namelijk niet bewust geweest van het feit dat hij recht had op de nalatenschap. Zijn passiviteit kon hem niet worden verweten, zodat er geen sprake was van schuld, laat staan schuld die een doodzonde impliceerde. En waar geen schuld was, kon evenmin een straf worden opgelegd. Dat is echter niet de oplossing die Vitoria gaf. Hij ging in op de vraag wat rechtens was in het *forum externum*, alsof dat onverkort ook gelding had voor het *forum internum*. Hij verschilde enkel van mening met de juristen omtrent het tijdstip waarop de verjaring had aangevangen. De juristen stelden dat de verjaringstermijn was begonnen te lopen op het moment dat de kloosterzuster haar zoon ter wereld had gebracht. Vitoria meende daarentegen, dat de verjaring pas was aangevangen op het moment dat de bastaardzoon de nalatenschap in bezit had genomen.³⁶

Hoe dan ook moet Vitoria de opvatting van Adriaan hebben verworpen. Dat blijkt ook uit een andere passage, waarin hij dat met zoveel woorden zei. Verjaring verschaft zowel in het *forum externum* als in het *forum internum* echte eigendom en een echte titel of de eerste eigenaar van de zaak nu nalatig was geweest of niet. Vervolgens noemde Vitoria een reeks theologen, legisten en canonisten die deze mening met hem deelden. De enige theologen die een andere visie erop nahielden waren Adriaan van Utrecht en Giovanni Baptista Trovamala († ca. 1496) in diens *Summa Rosella*. Vervolgens vergeleek hij verjaring met het geval van een erflater die bij het maken van een testament had verzuimd om een deskundige te raadplegen. Zodoende voldeed het testament niet aan de vormvereisten. Het is geen wonder, zo stelde Vitoria, dat de wet kan bepalen dat eigendom dan overgaat op de erfopvolger bij versterf ter bestraffing van de erflater, en dat de wet niet kan bepalen dat ter bestraffing van de nalatigheid van de echte eigenaar eigendom overgaat op de verjaringsbezitter. Maar goede trouw is een belangrijk vereiste en als er in een concreet geval twijfel bestaat of aan dat vereiste is voldaan, moet men een jurist raadplegen.³⁷ Kennelijk ontbeerde de verjaring een bestraffend karakter en werd zij gerechtvaardigd door andere doelen. De opvatting die uiteindelijk de heersende leer werd, is dus in eerste aanleg al terug te vinden in de colleges van Vitoria, welke pas vele eeuwen later werden uitgegeven en derhalve in de vroegmoderne tijd slechts geringe verspreiding kunnen hebben gehad. Dat zijn opmerkingen over de rechtvaardiging van verjaring het begin vormen van een lange

³⁶ Francisco de Vitoria, *op. cit.*, ad ST II II, q. 62, art. 6, n. 18 (p. 189-190).

³⁷ Francisco de Vitoria, *op. cit.*, ad ST II II, q. 62, art. 1, n. 47 (p. 103-104): Quia mirum est quod potuerit facere lex quod succedat ab intestato propter defectum solemnitatis juris, ut faciat illum dominum in poenam negligentiae testatoris, quia scilicet non consuluit doctos ut conderet testamentum, et quod non possit facere dominum habentem ius praescriptionis bonae fidei in poenam negligentiae veri domini, quia scilicet non repetivit. Quando tamen in casibus particularibus sit mala fides vel bona, est dubium, et de hoc consulendi sunt iuristae. Zie over deze passage ook W. Decock, *Theologians and contract law. The moral transformation of the ius commune (ca. 1500-1650)*, Leiden-Boston 2013, noot 1247 (p. 365-366).

discussie, die heeft voortgeduurd tot aan het begin van de zeventiende eeuw, is wellicht te danken aan de controversiële leer die de enige paus die ons land ooit heeft voortgebracht, Adrianus VI, in zijn jonge jaren onder woorden moet hebben gebracht. Die leer heeft zich niet kunnen ontwikkelen tot een meerderheidsopvatting, maar heeft wel een stempel gedrukt op het moraaltheologische debat inzake de rechtvaardiging van verjaring gedurende de gehele zestiende eeuw.³⁸

³⁸ Dit artikel is een uitwerking van de lezing, gegeven op 21 mei 2014 aan de Vrije Universiteit tijdens het Symposium 'Rechtszekerheid' ter gelegenheid van de oratie van prof. mr. J.L. Smeehuijzen.

In de ZIFO-reeks verschenen:

1. **Hoe verder met collegiaal bestuur in Nederland?**
Bestuursstaak, bestuursverantwoordelijkheid en bestuurdersaansprakelijkheid volgens het nieuwe artikel 2:9 BW
prof. mr. J.B. Huizink, mr. J.M. de Jongh, prof. mr. W.J.M. van Veen,
prof. mr. A.F. Verdam
2. **Boek 2 BW, statuten en aandeelhoudersovereenkomsten – stand van zaken en blik vooruit**
prof. mr. W.J.M. van Veen
3. **Wie is de aandeelhouder?**
Beschouwingen over de wenselijkheid van een centraal aandeelhoudersregister en de kenbaarheid van aandeelhouders in beursgenoteerde vennootschappen
prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, mr. T.J.C. Klein Bronsvoort,
prof. mr. E.P.M. Vermeulen, prof. mr. A.F. Verdam
4. **Crisiswetgeving voor financiële instellingen en ondernemingen**
dr. A.H.E.M. Wellink, mevr. mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. M.W. den Boogert,
mr. R.P.B. van Outersterp, prof. mr. C.E. du Perron, prof. mr. A.F. Verdam,
prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers. Met een inleiding van Prof. mr. W.J.M. van Veen
5. **De implementatie van de AIFM Richtlijn**
mr. N.B. Spoor, mr. M. Tausk, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. R.P. Raas
6. **Aanbevelingen ter verbetering van het vestigingsklimaat voor ondernemingen**
Tribuut aan Jaap Bellingwout
mr. G.F. Boulogne en mr. L.J.A. Pieterse (red.)
7. **Ontwikkelingen rond pensioenen en pension fund governance**
Onder redactie van prof. mr. A.F. Verdam, met bijdragen van: prof. dr. E. Lutjens, prof. mr. R.H. Maatman, mr. A.G. van Marwijk Kooy en mr. S.W.A. M. Visée.
8. **Postmoderne rechtsvormen**
Aanbevelingen voor verdere modernisering van het ondernemingsrecht
Mr. F. van Horzen en prof. mr. J.W. Bellingwout, prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers, mr. A.J.S.M. Tervoort, prof. mr. W.J.M. van Veen en prof. mr. I.S. Wuisman.
9. **Herstructurering en insolventie: naar een Scheme of Arrangement?**
Mr. J. Jol, prof. mr. R. Vriesendorp, mr. R. Hermans en mr. K. de Vries, prof. mr. B. Wessels, met een inleiding van prof. mr. J.B. Huizink.
10. **Grensoverschrijdende omzetting, -fusie en -splitsing**
Vrijheid van vestiging, vennootschapsrecht en fiscaal recht
Prof. mr. W.J.M. van Veen, mr. P.C.S. van der Bijl, prof. mr. J.W. Bellingwout en prof. mr. F.P.G. Pötgens.
11. **De veranderende rol van toezichthouders in de financiële sector**
Prof. dr. R.G.C. van den Brink, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. J.B.S. Hijink & mr. L. in 't Veld, mr. Kitty Lieverse, ir. Th.F. Kockelkoren, mr. A.J. Kellermann, prof. mr. R.M.I. Lamp en mr. R. Mellenbergh.

12. Substance en de Nederlandse houdstervennootschap

Prof. mr. J.W. Bellingwout, mr. J. Gooijer, mr. F. van Horzen, Claus Jochimsen, prof. mr. F.P.G. Pötgens, Eric Schiffer, mr. E.B. van der Stok, mr. M.J.E. Straathof en prof. mr. A.F. Verdam.

13. Rechtszekerheid in het ondernemings- en vermogensrecht

Prof. mr. J.L. Smeehuijzen, prof. mr. J.B. Huizink, prof. mr. F.P.G. Pötgens, prof. mr. W.J.M. van Veen, prof. dr. M.R.F. Senftleben, mr. drs. L. Anemaet, prof. mr. J. Hallebeek.

